

ERICK SAMUEL YEHUDI DE LIMA CUNHA

**A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO
DECORRENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS GENITORES:
A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO RESP. nº 1.159.242**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliana Gomes Lage**.

**Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE**

ERICK SAMUEL YEHUDI DE LIMA CUNHA

**A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO
DECORRENTE DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS GENITORES:
A DECISÃO PARADIGMÁTICA DO RESP. nº 1.159.242**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliana Gomes Lage**.

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2017/2º SEMESTRE**

d278 de Lima Cunha, Erick Samuel Yehudi
732 A possibilidade de indenização por abandono
972p afetivo decorrente da responsabilização civil dos
genitores: A decisão paradigmática do RESP. nº
1.159.242 / Erick Samuel Yehudi de Lima Cunha. --
Rio de Janeiro, 2017.
88 f.

Orientador: Juliana Gomes Lage.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Abandono Afetivo. 2. Responsabilidade Civil.
3. Genitores. 4. Faculdade Nacional de Direito. 5.
Universidade Federal do Rio de Janeiro. I. Gomes
Lage, Juliana, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

A Deus. A minha mãe, que desempenhou com maestria o seu papel de educadora. Aos docentes da rede pública de educação, que abdicam de suas vidas em prol do exercício do magistério, não reconhecido pela sociedade e que me deram base para ingressar na Gloriosa Nacional. Aos docentes da Faculdade Nacional de Direito, pelo conhecimento compartilhado, e por desenvolverem meu lado crítico e analítico sobre o desenvolvimento da ciência jurídica na sociedade.

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar a possibilidade de responsabilização civil dos genitores em face do abandono afetivo e a mudança paradigmática do entendimento pelos Tribunais Superiores a cerca da responsabilização civil dos mesmos. Para isso, será apresentado julgados anteriores ao RESP. nº 1.159.242, onde não havia a responsabilização por tal pratica e a reformulação desse posicionamento, como forma de atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana em concordância com o princípio do melhor interesse do menor.

Palavras-Chave: Direito de Família; Abandono Afetivo; Genitores; Responsabilidade Civil; Responsabilização Civil decorrente do Abandono.

ABSTRACT

The present work intends to present the possibility of civil responsibility of the parents in the face of affective abandonment and the paradigmatic change of the understanding by the Superior Courts regarding their civil responsibility. For this, it will be presented judgments prior to RESP. n° 1.159.242, where there was no accountability for such practice and the reformulation of this position, as a form of service to the principle of the dignity of the human person in accordance with the principle of the best interest of the child.

Key Words: Family Law; Affective Abandonment; Genitors; Civil responsibility; Civil Responsibility resulting from Abandonment.

SUMÁRIO

Introdução	9
1 O Direito de Família no Brasil.....	10
1.1 Etimologia da Palavra Família	10
1.2 Evolução Histórica do Direito de Família no Brasil.....	12
1.3 Princípios Aplicáveis ao Direito de Família.....	20
1.3.1 Da Dignidade da pessoa Humana	21
1.3.2 Da Afetividade	22
1.3.3 Da Proteção Integral da Criança e do Adolescente	24
1.3.4 Da Solidariedade	24
1.3.5 Do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente	25
1.3.6 Da Igualdade Entre Homem e Mulher	26
1.4 Tipos de Famílias	27
1.4.1 Família Matrimonial	28
1.4.2 Família Informal	28
1.4.3 Família Homoafetiva	28
1.4.4 Família Paralela ou Simultânea	29
1.4.5 Família Poliafetiva	29
1.4.6 Família Monoparental	29
1.4.7 Família Parental ou Anaparental	30
1.4.8 Família Composta, Pluriparental ou Mosaica	30
1.4.9 Família Natural, Extensa ou Ampliada	30
1.4.10 Família Substituta	31
1.4.11 Família Eudemonista	31
1.5 O Direito a Filiação	31
1.6 O Poder Familiar	33
1.7 Os Deveres decorrentes da Paternidade/Maternidade	34
1.8 O Estatuto da Criança e do Adolescente	36
2 A Responsabilidade Civil.....	38
2.1 Conceito.....	38

2.2 Evolução Histórica	40
2.3 Espécies de Responsabilidade Civil	45
2.3.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual	45
2.3.2 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva.....	45
2.4 Elementos da Responsabilidade Civil Subjetiva	46
2.4.1 A Conduta	47
2.4.2 O Dano	48
2.4.3 A Culpa	50
2.4.4 O Nexo Causal	52
3 O Abandono Afetivo.....	53
3.1 O Abandono Afetivo	53
3.2 Abandono Afetivo, Abandono Material e Abandono Intelectual - Diferenças	58
3.3 A Decisão Paradigma – O Recurso Especial nº 1.159.242	59
3.4 O Projeto de Lei nº 3212/2015	62
3.5 A Responsabilidade Civil Subjetiva Mediante o Abandono Afetivo, A Prova do Dano Moral e o <i>Quantum</i> Indenizatório.....	62
3.6 Decisões Judiciais Favoráveis e Desfavoráveis sobre Abandono Afetivo	66
Considerações Finais	69
Referências Bibliográficas	71
ANEXO 1 – RESP. nº 1.159.242.....	76
ANEXO 2 – Projeto de Lei nº 3212/2015.....	88

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido na presente monografia é voltado ao estudo da possibilidade de se pleitear em sede judicial, indenização em face do genitor negligente que abandona afetivamente seu filho, mediante a aplicação do instituto da responsabilização civil. Usaremos como base neste estudo, o Recurso Especial precedente nº 1.159.242, onde ocorreu o julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em questão.

A metodologia aplicada foi qualitativa e envolveu o uso da técnica de pesquisa bibliográfica, com estudos nos campos do Direito de Família, Direito Constitucional, Direito Civil.

O primeiro capítulo apresenta o conceito etimológico da palavra família, como se deu a evolução do Direito de família no Brasil, os princípios aplicáveis a este ramo do Direito, os tipos de famílias que se encontram na sociedade atual e outros conceitos necessários para abordagem do tema.

O segundo capítulo explora o instituto da responsabilidade civil, suas divisões e classificações, além de um levantamento histórico da aplicação do instituto.

Finalmente, o terceiro capítulo aborda a questão do reconhecimento judicial do abandono afetivo e o seu desdobramento na vida do filho negligenciado e a possibilidade de se obter judicialmente indenização neste sentido. A pesquisa tem como marco as primeiras ações judiciais popularmente conhecidas versando sobre a matéria.

Esta pesquisa mostra o caminho percorrido desde 2003, quando do ajuizamento da primeira ação versando sobre o tema, até o ano de 2012, quando chega aos tribunais superiores um recurso, que se tornou paradigma, pois reconheceu a possibilidade de se responsabilizar civilmente o genitor negligente. O Direito terá um longo caminho a percorrer para acabar com essa situação cotidiana do abandono afetivo.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL

1.1. Etimologia da Palavra Família

No primeiro momento desta pesquisa, cabe uma análise etimológica da palavra Família. Conforme o dicionário Priberam¹ da língua portuguesa, família, do latim *família. -ae.*, significa *escravos e servidores que habitam o mesmo teto, as pessoas de uma casa.*

A partir de uma nova origem, porém com o mesmo significado, conceituam o vocábulo os professores Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald:

Etimologicamente, a expressão *família* vem da língua dos oscos, povo do norte da península Italiana, *famel* (da raiz latina *famul*), com o significado de servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão².

Com o decorrer do tempo e com a evolução social, e nos moldes da atual Carta Magna, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao ser humano foi dado integral proteção em face de qualquer outra coisa, sendo inegável que o conceito de família tenha evoluído, não sendo mais aceito os moldes dos nossos antepassados.

Nos primórdios da existência humana, o máximo valor era dado apenas ao patrimônio, onde o homem, como patriarca da família, exercia o papel central, comandando a tudo e a todos, sendo os integrantes da família meros servos. Atualmente, esta situação de servidão é um ponto superado, sendo então o seio familiar um local de interação entre os seus membros, onde a prioridade é o desenvolvimento pessoal e mútuo dos integrantes.

Neste sentido Cristiano Chaves De Farias E Nelson Rosenvald lecionam:

A família não tinha significado idealístico, assumindo uma conotação patrimonial, dizendo respeito a propriedade, designando os escravos pertencentes a alguém, a sua casa, a sua propriedade³.

¹ Dicionário Priberam. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/fam%C3%ADlia>>. Acesso em 12 de setembro de 2017.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. Vol. 6. 5ª Ed. Editora JusPodivm. 2013. 45 p.

O conceito de família é mutável, pois espelha a realidade social de um povo em determinada época. Uma vez que este conceito nunca será estático, cabe aos operadores do Direito atuarem de forma conjunta para que esta temática sempre se mantenha atualizada, retratando a realidade fática vivida pela sociedade.

No mundo e no Brasil do século XXI, não se aceita como modelo única e exclusivamente a família patriarcal, aquela onde o homem é o provedor do lar, e a mulher a mantenedora dos cuidados domésticos e da prole. As famílias ganharam novas formas, tornando-se aquele modelo ultrapassado. O espaço familiar é tido como um local onde os seus integrantes interagem de forma harmônica, visando o crescimento do grupo.

Nas palavras de Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. No entanto, não se pode perder de vista que, em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciadas pelas circunstâncias de tempo e lugar. Isto implica reconhecer o fenômeno familiar um permanente processo de mudança, evolução⁴.

Tem-se que a família é um núcleo onde o ser humano se desenvolve como pessoa, sendo transmitido a este valores e costumes que farão parte de sua vida até o fim, e que em dado momento será transmitido aos seus descendentes. Assim entendem Cristiano Chaves De Farias e Nelson Rosenvald:

Sendo assim, a família é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sócias, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo. [...] Com esse espírito, não se pode olvidar que a família está sempre se reinventando, se reconstruindo. Transforma-se a

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. Vol. 6. 5ª Ed. Editora JusPodivm. 2013. p. 45.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. Vol. 6. 5ª Ed. Editora JusPodivm. 2013. p. 45-46.

cada momento e espaço, naturalmente, renovando-se em face da sua própria estrutura cultural⁵.

A proteção à família está inserida tanto na Constituição Federal da República de 1988, através do art. 226⁶, tanto como recebe regulamentação pelo Código Civil de 2002⁷, na parte especial, pelo livro IV, através dos artigos 1.511 até 1.783-A. Diferente do atual Código Civil, o Código Civil de 1916, a muito revogado, apenas concedia o “status” de família para aqueles que, através do matrimônio, formalizavam sua união. União está apenas entre homem e mulher, sendo ignorado tudo o que não se enquadrava a este modelo.

Atualmente, não se pode dizer que família é aquela exclusivamente decorrente do matrimônio, formada entre o homem e a mulher, visto que o Supremo Tribunal Federal, em 2011, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132⁸, já reconheceram a união homoafetiva, aquela formada pela união entre pessoas do mesmo sexo, sendo mitigado o conceito de família. Cabe salientar que, quando se fala em família, não devemos nos ater apenas a figura do homem e da mulher, mas também da prole, dos parentes. O Direito tem reconhecido as múltiplas formas de famílias que se desenvolveram ao longo dos anos.

1.2. Evolução Histórica do Direito de Família no Brasil

Até o ano de 1890, o Concílio do Trento⁹ vigeu no Brasil, uma vez que era colônia de Portugal, onde a Igreja Católica era a instituição responsável por ditar as normas do

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. Vol. 6. 5ª ed. Editora JusPodivm. 2013. p. 46.

⁶ “**Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...]”.

⁷ Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 out 2017.

⁸ **Supremo reconhece união homoafetiva.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em 16 set 2017.

⁹ “O Concílio de Trento foi uma reação da Igreja Católica à Reforma Protestante, iniciada por Martinho Lutero na primeira metade do século XVI. Com o crescimento do protestantismo na Europa, a Igreja Católica buscou uma reação, que ficou conhecida historicamente como Contra-Reforma. Dentro deste contexto, o Concílio de Trento buscou condenar as novas doutrinas protestantes, além de reafirmar os dogmas da fé católica. Muitas das decisões tomadas pela Igreja Católica foram no sentido de combater as ideias protestantes, muitas delas consideradas heréticas. Vários decretos disciplinares também foram aprovados pelo concílio, visando principalmente a moralidade e a adoção de medidas para melhorar o nível de instrução dos membros do clero

matrimônio. Dom Pedro I foi o responsável pela edição de Decreto Imperial, de 03 de novembro de 1827, ordenando a aplicação de todas as disposições do Concílio, que vigorou desde o princípio, em todo o Império Português. Em 1858, houve o firmamento das Leis Civis, elaborado por Teixeira de Freitas. Em 1890, com a criação do Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, foi estabelecido o casamento civil obrigatório.

Nas palavras do Pe. Dr. José Donisete:

O Império não legislava sobre direito matrimonial: a habilitação, impedimentos, solenidade e forma de celebração, unidade, indissolubilidade, nulidade, separação; todo o direito matrimonial, substantivo e adjetivo, eram regulados pelas leis da Igreja e as causas matrimoniais decididas pelos tribunais eclesiásticos. O matrimônio era celebrado segundo as regras do direito canônico, únicas reconhecidas no Brasil¹⁰.

Com o advento do Decreto nº 1.144 de 1861¹¹, regulamentado pelo Decreto nº 3.069 de 1863¹², amplia-se o reconhecimento do casamento realizado por religiões toleradas pelo Estado, na forma das leis do Império, sendo os efeitos civis do casamento católico ampliado as demais pessoas que professassem religiões diversas.

Conforme estabelece o art. 1º e seus parágrafos, do Decreto nº 1.144 de 1861:

Art. 1º Os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das Leis do Império serão extensivos: 1º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contrahentes estejam sujeitos. 2º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quaes verifique-se a celebração do acto religioso. 3º Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou

(principalmente padres)". Disponível em: < http://www.suapesquisa.com/resumos/concilio_trento.htm>. Acesso em 17 set 2017.

¹⁰ **Sistema Matrimonial no Brasil**. Disponível em: < http://www.infosbc.org.br/site/artigos/818-sistema-matrimonial-no-brasil#_ftn3>. Acesso em 17 set 2017.

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 1.144, de 11 de setembro de 1861. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em 17 set 2017.

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 3.069**, de 17 de abril de 1863. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3069-17-abril-1863-555008-publicacaooriginal-74026-pe.html>>. Acesso em 17 set 2017.

as prescrições das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado fôr em Regulamento.

Ponto importante a ser ressaltado é que, a exclusividade da celebração do casamento religioso foi retirada das mãos da igreja católica. Ato contínuo, outra importante lei que veio a restringir novamente o poder da Igreja Católica no Império, foi a promulgação da Lei 1.829¹³, de 1870, regulamentada pelo Decreto nº 9.886¹⁴, de 1888, estabelecendo o registro civil das pessoas naturais, nos termos do Art. 2º da referida Lei:

Art. 2º O Governo organizará o registro dos nascimentos, casamentos e obitos, ficando o regulamento que para esse fim expedir sujeito á aprovação da Assembléa Geral na parte que se referir á penalidade e effeitos do mesmo registro, e creará na capital do Imperio uma Directoria Geral de Estatistica á qual incumbe: 1º Dirigir os trabalhos do censo de todo o Imperio e proceder ao arrolamento da Côrte, dando execução ás ordens que receber do Governo. 2º Organizar os quadros annuaes dos nascimentos, casamentos e obitos. 3º Coordenar e apurar todos os dados estatisticos recolhidos pelas diversas Repartições Publicas.

E foram definidas as hipóteses do registro civil, conforme o art. 1º do supracitado Decreto:

Art. 1º O registro civil comprehende nos seus assentos as declarações especificadas neste Regulamento, para certificar a existencia de tres factos: o nascimento, o casamento e a morte.

Em 15 de novembro de 1889 o Brasil torna-se República¹⁵ através do golpe militar comandado por Marechal Deodoro da Fonseca, chegando ao fim o domínio de Dom Pedro II, imperador do Brasil à época. Através do Decreto 119-A¹⁶, de 1890, é decretado a desvinculação do Estado Brasileiro da Igreja Católica, proibindo a intervenção das

¹³ Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=74497&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB> > . Acesso em 17 set 2017.

¹⁴ **Decreto nº 9.886.** Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9886-7-marco-1888-542304-publicacaooriginal-50566-pe.html> >. Acesso em 17 set 2017.

¹⁵ **Há 124 anos, Brasil deixou a monarquia e se tornou república.** Disponível em: < <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/515199/ha-124-anos-brasil-deixou-a-monarquia-e-se-tornou-republica> >. Acesso em 16 set 2017.

¹⁶ Presidência da República. Decreto nº 119-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 17 set 2017.

autoridades federais e dos Estados federados em matéria religiosa, consagrando assim a laicidade do Governo.

Embora o Brasil tenha se tornado República desde 1889, por ser uma colônia portuguesa, ainda vigorava aqui o sistema jurídico baseado no direito português, o das Ordenações.

Nas palavras de Clovis do Couto e Silva:

A partir das Ordenações Afonsinas, Portugal passou a contar com uma legislação unitária e centralizada. A filosofia que impregnou as Ordenações a partir da primeira, as Afonsinas (1446 ou 1447), foi a de coordenar a legislação, dar-lhe unidade, ao mesmo tempo em que se manifestou a decadência do direito local, e consuetudinário, mantidas pelas posteriores Ordenações Manuelinas e Filipinas¹⁷.

Em 1 de janeiro de 1916, 27 anos após o fim da monarquia brasileira, é publicada a Lei nº 3.071, sendo o primeiro Código Civil brasileiro, pelo então Presidente da República, Wenceslau Braz.

Conforme Gustavo Tepedino, o Código Civil de 1916 estava intimamente ligado ao Estado Liberal¹⁸ vigente à época:

O Código civil de 1916 cujo projeto foi de autoria de Clovis Beviláqua tinha valores impregnados que buscavam proteger basicamente três direitos: o de liberdade, de contratar e de propriedade. Todos os dispositivos apontavam para a tutela do patrimônio e todas as relações eram observadas a partir da autonomia individual. Tudo em pela sintonia com o modelo de Estado Liberal da época. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a andas aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer

¹⁷ COUTO E SILVA, Clovis do. **Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro**. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 40, p. 130. 1987.

¹⁸ “No sentido original, o termo refere-se a uma filosofia política que tenta limitar o poder político, defendendo e apoiando os direitos individuais. Tais idéias surgiram com os pensadores iluministas do século XVIII, como John Locke e Montesquieu, que tentaram estabelecer os limites do poder político ao afirmarem que existiam direitos naturais e leis fundamentais de governo que nem os reis poderiam ultrapassar sob o risco de se transformarem em tiranos”. Ana Cristina p. Laje. **Liberalismo no Brasil**. Disponível em: < http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_liberalismo.htm >. Acesso em 16 set 2017.

circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais¹⁹.

Em 1927, através do Decreto nº 17.943-A²⁰, popularmente conhecido como Código Mello Mattos, é *consolidada as leis de assistência e proteção a menores*, tendo como destinatário final os menores de 18 anos. Ressalta-se que este código era aplicado apenas aos menores “abandonados ou delinquentes”, conforme estabelecido no 1º artigo do Decreto: **Art. 1º.** *O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Código.* Este código teve por finalidade regulamentar questões sobre o trabalho infantil, tutela, pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada²¹.

Na Constituição da República de 1934²², conforme a leitura do Caput do art. 144²³ e parágrafo único, a família decorrente do casamento indissolúvel ganha proteção Estatal, bem como determina que a lei civil trate dos casos de desquite²⁴ e anulação do casamento.

Pelas diversas mudanças sociais decorrentes da evolução do ser humano, as leis acabavam por não atender as demandas da sociedade, ficando assim o código civil brasileiro de 1916 desatualizado, não contemplando regras que solucionassem os conflitos que surgiam, sendo elaboradas leis esparsas capazes de suprir as novas situações que se apresentavam, pretendendo acompanhar o desenvolvimento da sociedade brasileira, como método de que a República brasileira possuísse um sistema jurídico eficaz.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 02.

²⁰ **Decreto nº17.943-A**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em 18 set 2017.

²¹ **Uma breve história dos Direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>>. Acesso em 18 set 2017.

²² **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 17 set 2017.

²³ **Art. 144.** *A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo”.*

²⁴ Os conjugues se mantinham ligados pelo vínculo contratual, sendo encerrado apenas o vínculo matrimonial de bens, bem como os deveres de coabitação e fidelidade recíprocas. Isto não quer significar que os conjugues estivessem aptos a contratação de novo casamento, dando margem assim para uniões não oficiais. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6053/Emenda+Constitucional+que+instituiu+o+div%C3%B3rcio+direto+no+Brasil+completa+6+anos>>. Acesso em 17 set 2017.

Entende neste sentido Aline Biasuz que:

Não são necessários muitos argumentos para se concluir que no Brasil, como ocorreu com outros países de civil law, na tentativa de “atualizar” o direito, passou a fazer a edição de sucessivas legislações de caráter ordinário, regendo conteúdos específicos, estranhos ao Código Civil, atendendo a um grupo massificado de pessoas ou a uma situação específica ausente de legislação. Este contexto também foi marcado pela característica da intervenção estatal de forma legislativa em certas relações até então inominadas pelo Estado. Foi nítida a formação dos microssistemas que vieram interferir em toda a dinâmica do direito civil, especialmente no direito de família, em face de os mesmos serem pioneiros na regulação de algumas matérias afetas a este ramo²⁵.

Na Constituição de 1937²⁶, com base no art. 125²⁷, a educação integral dos filhos é tratada como o primeiro dever e direito natural dos pais, sendo de forma principal ou subsidiária este dever também direcionado ao Estado. Também como base no art. 126²⁸, os filhos havidos fora do casamento foram beneficiados, pois receberam tratamento igualitário aos filhos legítimos, bem como a facilitação ao reconhecimento de paternidade. Posteriormente, a, Como forma de complementar a norma constitucional, foi editada a Lei nº 883²⁹ de 1949, tendo como função principal a facilitação do reconhecimento dos filhos ilegítimos, aqueles havidos fora da constância do matrimônio.

Em 1962, por meio da Lei nº 4.121³⁰, foi regulamentada a *situação jurídica da mulher casada*, também conhecida como o *Estatuto da Mulher Casada*, onde foi dado tratamento igualitário aos conjugues, para os efeitos jurídicos decorrente do matrimônio, uma vez que ainda era a forte a presença do patriarcalismo no Código Civil de 1916. A nova Lei acabou por revogar alguns dispositivos do Código Civil de 1916, pois estes já não se enquadravam

²⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 55.

²⁶ **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (1937)**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm >. Acesso em 17 set 2017.

²⁷ “**Art. 125.** A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.

²⁸ “**Art. 126.** Art 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

²⁹ **Lei nº 883**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883impressao.htm >. Acesso em 17 set 2017.

³⁰ **Lei nº 4.121**. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/4121.htm >. Acesso em 17 set 2017.

mais na realidade social da época, sendo certo que os mesmos acabavam por depreciar a figura da mulher.

Nas palavras de Aline Biasuz Suarez Karow:

É cristalino que os fundamentos dessas normas estavam vinculados a aspectos sociológicos da época apegados a um tradicionalismo patriarcal, que rapidamente foram consumidos pela sociedade através do avanço da mulher em todas as suas conquistas, principalmente naquela de trabalhar fora e passar a ser provedora do lar conjuntamente com o seu marido. Então não era crível que o ordenamento jurídico oferecesse à mulher aquele tratamento de outrora frente a nova realidade, momento em que o Estado interveio legislando sobre a situação jurídica da mulher casada e alterando substancialmente certos dispositivos do Código Civil vigente³¹.

A Emenda Constitucional nº 09 de 1977³², deu nova redação ao §1º³³ do art. 175 da Constituição de 1967, que antes tratava o casamento como indissolúvel, passando então a ser possível sua dissolução. Esta mudança constitucional foi regulamentada posteriormente pela Lei nº 6.515³⁴ de 1977, que ficou conhecida como a *Lei do Divórcio*, e teve a finalidade de *regulamentar os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dando outras providências*, pois havia um crescente clamor social pela regulamentação desta situação fática, visto que era uma realidade presente entre os casais da época. Esta nova lei criou o instituto do divórcio, onde se poderia ter a possibilidade de contrair novo matrimônio, acabando então com o desquite. Entretanto, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a separação judicial, como uma forma de estágio para o divórcio, sendo esta o ápice do fim da sociedade conjugal.

Segundo Aline Biasuz:

A igreja, protetora dos casamentos e sob a indissolubilidade não pode negar a triste realidade das separações e consensualmente com os divorcistas, entendeu que o

³¹ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 55.

³² **Emenda Constitucional nº 09.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em 18 set 2017.

³³ “**Art. 175. §1º.** O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

³⁴ **Lei nº 6.515.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 18 set 2017.

casal deveria ter um período para reflexão, ou seja, o lapso temporal de um ano entre a separação e a conversão em divórcio e dois anos para que se decretasse diretamente o divórcio, a fim de que o casal pudesse refletir se efetivamente tinha certeza de sua decisão. Esse resquício trouxe durante algum tempo mais sofrimento emocional para o casal que, decidido a divorciar-se e construir novos laços familiares, muitas vezes já com nova família já constituída de fato, não podiam formalizá-la juridicamente em face do antigo período estipulado em lei [...] ³⁵.

Em 1979, através da Lei nº 6.697³⁶, foi instituído um novo Código de Menores, como forma de assistência, proteção e controle social do Estado sobre a criança e o adolescente, até 18 anos de idade, em situação irregular, definida pelo art. 2º³⁷, ou entre 18 e 21 anos, nos casos expressos em lei.

Sobre o Código de Menores, afirmar Aline Biasuz que:

No Brasil, a história relata, até então havia duas categorias de crianças e adolescentes, uma dos filhos socialmente incluídos e outras dos filhos dos excluídos e pobres. Os do primeiro grupo denominavam-se “crianças e adolescentes” e a do segundo, “menores”. O Código de Menores era aplicado aos segundos. A política de tratamento variava do assistencialismo até a segregação. Os menores subjugavam-se à tutela do Estado, sob o arbítrio da autoridade judicial. Houve a proliferação de grandes internatos onde ocorria a violação de inúmeros direitos humanos³⁸.

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal da República³⁹, também conhecida como Constituição Cidadã, pois ao Homem foi dado tratamento especial como nunca antes

³⁵ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 56.

³⁶ **Lei nº 6.697**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm >. Acesso em 19 set 2017.

³⁷ **Art. 2º**. *Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.*

³⁸ KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 57.

³⁹ **CONSTITUIÇÃO 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 19 set 2017.

havia ocorrido, sendo reconhecidos seus direitos e deveres em um dos artigos iniciais da Carta Magna.

Conforme a leitura do Caput do Art. 226⁴⁰ da Constituição de 1988, constatamos que a família agora ganha destaque, tornando-se a base da sociedade. Contudo, o Estado intervém nas relações familiares com a função de proteção, que não pode ser negada pela vontade dos seus membros.

Nas palavras de Claudia Belloti Moura (2004, p. 35-36): “Não restam dúvidas de que toda atividade estatal se encontra vinculada ao princípio da dignidade humana, impondo-lhe neste sentido, um dever de respeito e proteção que se exprime na obrigação por parte do Estado, de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias a dignidade pessoal⁴¹”.

1.3. Princípios Aplicáveis ao Direito de Família

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma nova forma de se tratar o sistema jurídico. Os princípios, como afirma Maria Berenice Dias (2016, p. 65), são *considerados leis das leis, deixaram de servir apenas de orientação ao sistema jurídico infraconstitucional. Agora [...] são conformadores da lei.*

Nas palavras de Paulo Bonavides:

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são frutos da identificação dos direitos humanos como valor fundante da pessoa humana, a ensejar o conseqüente alargamento da esfera de direitos merecedores da tutela⁴².

⁴⁰ **Art. 226.** *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]*

⁴¹ MOURA, Claudia Belloti. **A questão da coisa julgada na investigação de paternidade: novas perspectivas.** Rio Grande do Sul: UPF Editora, 2004. p. 35-36.

⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

É na Constituição que se estabelecem os princípios gerais, ex. dignidade, igualdade, liberdade, que são utilizados como base para todo o ordenamento jurídico vigente, bem como os princípios especiais aplicáveis ao Direito das Famílias. Usaremos como base para a explicação do tópico a seguir, o rol de princípios elencados pela professora Maria Berenice Dias, em seu livro Manual de Direito das Famílias.

1.3.1. Da dignidade da pessoa humana

No inciso III, do art.1º⁴³ da Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana foi tratada como um dos fundamentos mais importantes da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

A Constituição não conceitua em nenhum dos seus artigos o que é a Dignidade da Pessoa Humana, deixando assim para a doutrina este trabalho.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos⁴⁴.

Temos que a dignidade é um conjunto de direitos básico pertencente a todos os Homens, pela sua própria condição de ser humano, fazendo com que este exija dos seus pares e do Estado, respeito e consideração.

⁴³ **Art. 1º.** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. **Parágrafo único.** Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

Em 1948, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, o princípio da dignidade humana já estava presente em seu preâmbulo:

[...] Considerando que o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na **dignidade** e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla [...] ⁴⁵

Em 1969, A Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece a dignidade da pessoa humana como uma de suas bases, em seu art. 11, 1: *Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade* ⁴⁶.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, como reflexo da Constituição Federal, incluiu a dignidade como um direito, conforme estabelecido no artigo 15: *A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis* ⁴⁷.

Temos que, com base neste princípio é possível a pretensão de se responsabilizar civilmente os genitores que abandonam afetivamente seus filhos, em conjunto com os demais princípios do ordenamento jurídico.

1.3.2. Da afetividade

O ambiente familiar é o local onde temos os primeiros contatos com os outros seres humanos e iniciamos nosso desenvolvimento como indivíduo integrante de uma sociedade. Este princípio decorre do princípio da Dignidade da pessoa humana. Conforme o dicionário

⁴⁵ Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 19 set 2017.

⁴⁶ Convenção Interamericana de Direitos Humanos. **Pacto São José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> >. Acesso em: 21 set 2017.

⁴⁷ Brasil. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em 24 set 2017.

Priberam, afeto⁴⁸ significa *amizade, amor, simpatia; sentimento, paixão; impulso do animo, sua manifestação*.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família⁴⁹.

A palavra afeto não está expressamente escrita no texto constitucional, nem no Código Civil, entretanto, Maria Berenice Dias (2016, p. 85) aduz que se consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue.

Para formação de uma família, não é mais necessário apenas o vínculo biológico, a afetividade também tem a força jurídica capaz de estabelecer uma família, criando assim o elo, a conexão entre os seus membros (ALINE BIASUZ, 2012. p. 45). A família adotiva é um exemplo claro deste modelo de família decorrente da formação afetiva. Os pais, como sujeitos de deveres e condutores do desenvolvimento dos filhos, são responsáveis pelo convívio harmônico e afetividade familiar.

Atualmente, a lei nº 11.340⁵⁰, conhecida como Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, inciso III⁵¹, define família como relação íntima de afeto (Maria Berenice Dias, 2016. p. 86).

⁴⁸ Dicionário Priberam. Disponível em: < <https://www.priberam.pt/dlpo/afeto>>. Acesso em 24 set 2017.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 84.

⁵⁰ **Lei nº11.340**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 set 2017.

⁵¹ **Art. 5. II.** *No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; [...]*

1.3.3. Da proteção integral da criança e do adolescente

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente encontra-se positivado no artigo 227⁵² da Constituição, bem como no artigo 3^o⁵³ do Estatuto da criança e do adolescente. A finalidade deste princípio é o de assegurar ao cidadão em desenvolvimento, a sua proteção contra *toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão* e de garantir, *com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*, sendo os responsáveis por estas garantias a família, a sociedade e o Estado.

Pela leitura deste princípio, percebemos que a família desempenha papel fundamental para efetivação dessas garantias constitucionais. Neste sentido, ensina Munir Cury:

[...] deve-se entender a proteção integral como o conjunto de direitos que são próprios apenas aos cidadãos imaturos; estes direitos, diferentemente daqueles fundamentais reconhecidos a todos os cidadãos, concretizam-se em pretensões nem tanto em relação a um comportamento negativo (abster-se da violação daqueles direitos) quanto a um comportamento positivo por parte da autoridade pública e dos outros cidadãos, de regra dos adultos encarregados de assegurar essa proteção especial⁵⁴.

1.3.4. Da solidariedade

O princípio da solidariedade baseia-se na ideia de que entre os membros de uma família deve ocorrer uma ajuda recíproca, ficando o Estado, subsidiariamente, obrigado a prover tal

⁵² **Art. 227.** *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

⁵³ **Art. 3º.** *A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.*

⁵⁴ CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 18.

ajuda. Como exemplo deste princípio podemos citar a prestação de alimentos, positivado no artigo 1.694⁵⁵ do Código Civil.

Salienta Maria Berenice Dias que:

A pessoa só existe quando ela coexiste. [...] A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229)⁵⁶.

1.3.5. Do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente encontra fundamento legal mediante a leitura do artigo 227º da Constituição em conjunto com os artigos 3º, 4º⁵⁷ e 5º⁵⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente. Este princípio tem a finalidade que todas as decisões proferidas pelos magistrados busquem sempre levar em consideração o que for melhor para a criança e para o adolescente.

Ressalta-se que, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, ratificada pelo Brasil em 1990, pelo Decreto nº 99.710⁵⁹, já se preocupava em dar um tratamento digno para crianças e adolescentes, traduzido no artigo 3º, item 1: *Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o*

⁵⁵ **Art. 1.694.** Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

⁵⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

⁵⁷ **Art. 4º.** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

⁵⁸ **Art. 5º.** Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

⁵⁹ **Decreto nº 99.710.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 24 set 2017.

interesse maior da criança.

1.3.6. Da igualdade entre homem e mulher

Com a evolução da sociedade, a mulher sempre lutou para ter o reconhecimento jurídico da igual de seus direitos com os homens. Tal luta e respectiva evolução jurídica foi trabalhada quando apresentamos a evolução histórica do direito de família no Brasil. A consagração deste princípio na Constituição revela a superação máxima do patriarcalismo no ordenamento jurídico. Ambos são iguais perante a lei, tanto para direitos quanto para deveres, sendo superado definitivamente a desigualdade de gêneros.

Neste sentido, Maria Berenice Dias entende que:

Constitucionalmente é assegurado tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal: conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. Aspira-se à igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Também existe a igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença⁶⁰.

A igualdade é positivada no preâmbulo da Constituição. A isonomia entre o homem e a mulher é encontrada expressamente no caput e inciso I do artigo 5º: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*, e no artigo 226º, §5º: *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*, da Constituição.

Conforme Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2013, p. 118), “vale chamar a atenção para o fato de que a norma constitucional não está igualando física ou psicologicamente o

⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 76/76.

homem e a mulher. Proíbe, na verdade, o tratamento jurídico diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. Destaque-se, porém, a possibilidade de tratamento diferenciado entre homem e mulher sempre que houver motivo justificador”.

1.4. Tipos de Famílias

Ao se falar em família, sempre temos em mente o modelo tradicional, aquela formada pela união de um homem com uma mulher, unidos pelo matrimônio, com o intuito de procriação, sendo então este o modelo mais difundido na sociedade.

Maria Berenice Dias, em seu livro, *Manual de Direito das Famílias*, elenca um rol exemplificativo de 11 (onze) espécies de famílias atualmente conhecidas. São elas: a matrimonial; a informal; a homoafetiva; a paralela ou simultânea; a poliafetiva; a monoparental; a parental ou anaparental; a composta, pluriparental ou mosaica; a natural, extensa ou ampliada; a substituta e a Eudemonista.

Ainda nas palavras de Maria Berenice:

Ainda que a família continue a ser essencial para a própria existência da sociedade e do Estado, houve uma completa reformulação do seu conceito. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo se voltaram à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. Nesse contexto de extrema mobilidade das configurações familiares, novas formas de convívio vêm sendo improvisadas em torno da necessidade - que não se alterou - de criar os filhos, frutos de uniões amorosas temporárias que nenhuma lei, de Deus ou dos homens, consegue mais obrigar a que se eternizem⁶¹.

É necessário a flexibilização do termo família, para que englobe o maior número possível de situações, contemplando assim a realidade fática social. Logo, a nomenclatura correta a ser adotada seria direito das famílias e não direito de família (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 229).

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]*. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 228/229.

1.4.1. Família Matrimonial

Por família matrimonial entende-se aquele decorrente do casamento civil. A lei conferiu juridicidade apenas ao modelo utilizado pela igreja católica, onde se tem por valores: a indissolubilidade do casamento, o dever de procriação, a submissão da mulher ao marido, entre outros. O homem era o chefe da família, cabendo à mulher e os filhos obediência, conservação do patrimônio e força de trabalho (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 234).

1.4.2. Família Informal

Por família informal entende-se aquela decorrente das relações extramatrimoniais, ou também conhecidas como adulterinas ou concubinárias. O judiciário, por só reconhecer as famílias decorrentes do casamento, acabava por negligências as outras. Além disso, a condição de filho era decorrente do estado civil dos pais, gerando enorme constrangimento para aqueles havidos fora da constância do matrimônio, e quando reconhecidos, eram denominados como filho “ilegítimo”. Quando do término destas uniões, tais participantes buscavam o judiciário com o intento de garantia de seus direitos e os juízes que na obrigação de prestarem jurisdição, criaram a figura da companheira, como forma de contornar a legislação vigente à época. Esta situação durou até a Constituição de 1988, que contemplou outras formas de formação de família, chamando-as de união estável (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 236/237).

1.4.3. Família Homoafetiva

Por família homoafetiva entende-se aquela decorrente da união de duas pessoas do mesmo sexo, unidas pelo vínculo do afeto, merecedor de igual proteção Estatal. A união estável contemplada na Constituição foi reconhecida apenas entre pessoas do sexo oposto. Após inúmeras ações judiciais, a Suprema Corte entendeu pelo reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a habilitação para o casamento civil diretamente no registro civil entre pessoas do mesmo sexo (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 238).

1.4.4. Família Paralela ou Simultânea

Por família paralela ou simultânea entende-se aquela em que o homem concomitante mente é membro de duas ou mais famílias, podendo decorrer de um casamento e uma união estável; duas uniões estáveis ou mais. Às vezes uma família sabe da outra, outras vezes não. A nomenclatura paralela traduz uma ideia de que estas famílias nunca se encontram, enquanto que simultânea traduz um encontro em algum momento. A sociedade ocidental, de origem judaico-cristã sempre repudiou esta realidade. A infidelidade conjugal, por parte do homem assim como o patriarcalismo e o machismo são fato históricos. O adultério foi abolido como crime em 2005, pela lei 11.106, e mesmo que o dever de fidelidade decorra do matrimônio ou da união estável, os homens não existam em violar este mandamento (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 239/240).

1.4.5. Família Poliafetiva

Por família poliafetiva entende-se aquele aglomerado de pessoas que coabitam a mesma residência e se relacionam como uma grande família. A família simultânea se difere da família poliafetiva, pois naquela o homem mantém duas ou mais entidades familiares, revestidas das características legais, em residências distintas, enquanto nessa forma de família todos residem no mesmo local e se relaciona, fazendo assim com que a infidelidade e traição percam espaço (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 240/241).

1.4.6. Família Monoparental

Por família monoparental entende-se aquela formada por um dos genitores com seus filhos, recaindo apenas sobre este os encargos do poder familiar. Não se diz que é uma família monoparental aquela em que, após o termino do casamento, mesmo o filho residindo com um dos genitores, pois pelo regime da guarda compartilhada, ambos os genitores suportam os encargos do poder familiar (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 241/242).

1.4.7. Família Parental ou anaparental

Por família parental ou anaparental entende-se aquelas pessoas que convivem em uma mesma residência, sendo parentes ou não, independente de vínculo sexual, compartilham um mesmo propósito de vida (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 241/242).

1.4.8. Família Composta, Pluriparental ou Mosaica

Por família composta, pluriparental ou mosaica entende-se aquela formada por famílias que se desmancharam e se configuraram novamente com novos elementos, sendo redistribuídos os papéis a serem desempenhados pelos novos membros. Exemplificando, um pai e seu filho, de uma família X, juntam-se a uma mãe e seu filho, de uma família Y, resultando em uma nova família Z. (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 243/244).

1.4.9. Família Natural, Extensa ou Ampliada

Por família natural entende-se aquela conceituada no caput do artigo 25⁶² do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo *a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes*. Ainda da leitura do parágrafo único, extraímos o conceito de família extensa ou ampliada sendo *aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade*.

⁶² **Art. 25.** Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. **Parágrafo único.** Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

1.4.10. Família Substituta

Por família substituta entende-se doutrinariamente serem aquelas famílias que estão cadastradas para adoção. O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 28⁶³ utiliza o termo família substituta, porém não a conceitua. Colocar a criança ou o adolescente em família substituta é a exceção, visto que o §3º e o próprio caput do artigo 19⁶⁴ do Estatuto, priorizam a reinserção do indivíduo na sua família natural (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 247).

1.4.11. Família Eudemonista

Por família eudemonista entende-se ser aquela que *busca a felicidade individual por meio da emancipação de seus membros*, sendo certo que o eudemonismo é uma doutrina onde se prega a busca da felicidade pelo indivíduo (MARIA BERENICE DIAS, 2016. p. 248).

1.5. O Direito a Filiação

Antigamente, a única espécie de família reconhecida legalmente era a família decorrente do casamento. Nos moldes do Código Civil de 1916, a família matrimonial, também conhecida como família legítima, só reconhecia como filho legítimo aquele nascido 180 dias após a realização do casamento ou 300 dias depois do termino daquela sociedade conjugal, pois se entendia pela presunção de paternidade, conforme leitura do artigo 338⁶⁵ do supracitado Código.

⁶³ **Art. 28.** A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

⁶⁴ **Art. 19.** É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...] § 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do **caput** do art. 101 e dos incisos I a IV do **caput** do art. 129 desta Lei.

⁶⁵ **Art. 338.** Presumem-se concebidos na constância do casamento: I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339). II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação.

Pela lei nº 833⁶⁶ de 1949, conforme art. 1^o⁶⁷ e art. 4^o⁶⁸, os filhos havidos fora do matrimônio poderiam pleitear em segredo de justiça o reconhecimento da paternidade, pela investigação de paternidade, apenas para fins alimentícios, somente após o termino da relação conjugal do genitor.

Com a promulgação da Constituição de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 5º, em conjunto com o princípio da igualdade entre os filhos, consagrado no artigo 227º, §6º⁶⁹, acabaram definitivamente com a situação vexatória que os filhos havidos fora da constância do casamento eram submetidos.

Muito embora o atual Código Civil ainda traga em seu bojo a presunção de paternidade, como forma de reconhecimento da filiação, mediante a leitura do artigo 1.597⁷⁰, o que de fato comprova a filiação é a certidão de nascimento, estabelecido no artigo 1.603, com a seguinte redação: *A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.*

Doutrinariamente, existem três formas de se estabelecer o vínculo parental: I. Critério jurídico – presente no código civil, mediante a presunção de paternidade (art. 1.597); II. Critério biológico – mediante a realização de exame de DNA; III. Critério socioafetivo – baseado no princípio do melhor interesse da criança e da relação afetiva desenvolvida pela criança e pelo seu “pai”, independentemente da existência do vínculo sanguíneo (MARIA HELENA DINIZ. 2016. p. 658/659).

⁶⁶ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883impressao.htm>. Acesso em 25 set 2017.

⁶⁷ **Art. 1º.** Dissolvida a sociedade conjugal, será permitido a qualquer dos cônjuges o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio e, ao filho a ação para que se lhe declare a filiação.

⁶⁸ **Art. 4º.** Para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderá acionar o pai em segredo, de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.

⁶⁹ **Art. 227. [...] § 6º.** Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷⁰ **Art. 1.597.** Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

1.6. O Poder Familiar

Conforme Maria Helena Diniz, a definição de Poder familiar é “conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho”⁷¹.

O poder familiar nada mais é que uma nova nomenclatura dada ao pátrio poder, pelo atual código civil. O Pátrio poder é uma figura oriunda do direito romano, onde era dado ao pai, o chefe da família, todo o poder sobre os filhos.

Salienta Maria Berenice Dias:

A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar⁷².

O Código Civil de 1916 submetia os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos, enquanto menores de idade, ao pátrio poder, conforme leitura do artigo 379⁷³, sendo o marido o detentor deste poder, sendo a mulher uma mera colaboradora. Na falta de um dos personagens, o pátrio poder era exercido exclusivamente pelo outro, conforme artigo 380⁷⁴. Havendo divergência quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecia a vontade do homem, devendo a mulher procurar o judiciário para tentar reverter esta decisão.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. vol. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 543.

⁷² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 780.

⁷³ **Art. 379.** Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

⁷⁴ **Art. 380.** Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). **Parágrafo único.** Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.

Pelo princípio da isonomia entre homem e mulher, decorrente da Constituição Federal de 1988, foram igualados os direitos e deveres dos conjugues na sede familiar, artigo 226, §5º⁷⁵, sendo agora o poder familiar exercido de forma igual por ambos os genitores. O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21º, previu a mesma igualdade de exercício do poder familiar, estabelecida da Constituição e também alterou o sentido do instituto, que antes era de dominação dos filhos, passando a ter um caráter protetivo, revelando-se mais como deveres e obrigações decorrentes da paternidade, do que em direito dos pais sobre os filhos (MARIA HELENA DINIZ. 2016. p. 781).

1.7. Os Deveres decorrentes da Paternidade/Maternidade

A Constituição Federal, como lei suprema do país, estabeleceu no artigo 6º⁷⁶ os direitos sociais. Como sujeitos de direitos, crianças e adolescentes também estão inclusos nesse rol. Como se pode observar mais à frente, no artigo 227⁷⁷, o comando constitucional é direcionado exatamente a garantir a criança e ao adolescente, *com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

Garantias para o desenvolvimento pleno e saudável dos jovens não faltam, conforme os artigos supramencionados. O que se pretende com essas garantias é criar meios para que estes sujeitos de direitos, tenham a possibilidade de crescerem em uma sociedade justa e igualitária, onde os jovens tenham oportunidades de se tornarem adultos realizados tanto emocionalmente, quanto profissionalmente. A ambos os genitores é delegada exclusivamente

⁷⁵ **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁷⁶ **Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷⁷ **Art. 227.** É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05 nov 2017.

as funções de assistência, criação e educação dos filhos, conforme leitura do artigo 229⁷⁸, bem como aos filhos, quando na vida adulta, em contrapartida, devem auxiliar os pais na velhice.

Fica assim evidente a preocupação do legislador constitucional regulamentar regras para o bom convívio familiar, onde os membros se auxiliem mutuamente e desenvolvam-se como indivíduos.

O código civil, como regula situações da vida privada, também se preocupou em trazer normas para uma boa convivência familiar, conferindo a ambos os genitores o exercício do poder familiar, visto em tópico específico, em face dos filhos, conforme podemos observar da leitura do artigo 1.634⁷⁹:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; [...] VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Mediante a leitura dos incisos acima, constata-se que aos pais é permitido que eduquem seus filhos da forma que melhor lhe parecer aos olhos, entretanto desde que sejam balizados pela moral e ética, tendo como fio condutor o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22⁸⁰, direciona aos pais os deveres de sustento, guarda e educação. Mediante a análise em conjunto destes artigos, é claramente perceptível que os direitos dos jovens estão intimamente ligados aos deveres

⁷⁸ **Art. 229.** *Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 05 nov 2017.

⁷⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 05 nov 2011.

⁸⁰ **Art. 22.** *Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 05 nov 2017.

decorrentes da paternidade. Ao genitor é direcionado cumprir tais deveres, bem como aos filhos são direcionados receberem aqueles direitos.

1.8. O Estatuto da Criança e do Adolescente

Analisando a evolução do Direito de família no Brasil, percebemos que até a promulgação da Constituição de 1988, não existia uma legislação que tutelasse direitos e deveres da criança e do adolescente, visando seu melhor interesse. O que vigorava no Brasil do Século XX era a doutrina da situação irregular do menor, baseada na Lei nº 6.697⁸¹/1979 (Código de Menores), submetendo-os a situações vexatórias, afastamento do meio social, segregação em estabelecimentos como a FEBEM, violando assim a dignidade da pessoa humana. Temos assim que, tal legislação não foi criada para proteger os menores e sim para tutelar a intervenção Estatal sempre que necessária.

Neste sentido, Izabele Pessoa salienta que: *a lei de menores preocupava-se apenas com o conflito instalado e não com a prevenção. Os jovens não eram tratados como sujeitos de direitos, mas sim objeto de medidas judiciais*⁸².

Antecedente a doutrina da situação irregular do menor, vigorava a doutrina do Direito penal do menor, positivada no Código penal de 1890, e posteriormente positivada no primeiro Código de Menores de 1927, tratando apenas de responsabilizar criminalmente a criança e o adolescente, desde que constatado seu discernimento. Por não serem reconhecidos como sujeitos de direitos, a estes não se tutelavam direitos, apenas imputação criminal.

Com a Constituição de 1988 consagrando a família como base da sociedade, concedendo proteção especial e dignificando o Homem acima de qualquer coisa, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi elaborado como forma de reconhecer a crianças e adolescentes

⁸¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm>. Acesso em 27 set 2017.

⁸² **A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051>. Acesso em 27 set 2017.

como seres em formação e respectivamente sua situação de vulnerável em face dos adultos, consagrando assim o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, equiparando-os. Esta proteção encontra-se positivada no artigo 3º⁸³ do ECA.

⁸³ **Art. 3º.** *A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. **Parágrafo único.** Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.*

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1. Conceito

Como forma de estabelecer um convívio pacífico e harmonioso entre os homens, o legislador estabeleceu normas no ordenamento jurídico brasileiro, que se forem violadas configuram um ato ilícito, e se através deste ato ilícito forem causados danos a terceiros, gera um dever de reparação.

A responsabilidade civil está positivada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se verifica mediante a leitura do artigo 186⁸⁴ do Código civil, estabelecendo que: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito* e complementado pelo artigo 927⁸⁵ do mesmo diploma legal: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Em linhas gerais, a responsabilização civil é a obrigação de reparação do dano causado a outra pessoa, por ação ou omissão, sendo esta obrigação decorrente de um contrato estabelecido entre as partes ou de lei.

Nas palavras de Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana⁸⁶.

⁸⁴ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 out 2017.

⁸⁵ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 06 out 2017.

⁸⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.114.

Temos que a função principal da responsabilização civil é a de se reestabelecer o *status quo ante* daquele indivíduo que sofreu o prejuízo, sempre que possível. Em alguns casos, devido a natureza do dano, este prejuízo não poderá ser restaurado, restando apenas a indenização como forma de compensação.

O que se pretende com este instituto é que aquela pessoa vítima do prejuízo não seja obrigado a suportar o ônus da perda, por prejuízos causados por terceiros.

Para Silvio Rodrigues “a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam⁸⁷”.

De Plácido e Silva define a responsabilidade civil como:

Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção⁸⁸.

A lesão a elementos que integram a esfera jurídica de terceiros, faz nascer para o agente causador do dano, a obrigação de reparação do prejuízo causado e para a vítima, o reestabelecimento do equilíbrio moral ou patrimonial. É mediante a responsabilização civil, ou decorrente da obrigação de indenizar, que o agente causador do dano fica obrigado a arcar com suas consequências, frutos da ação que causou prejuízo a terceiros, de atos ilícitos próprios ou de outros relacionados a ele, mediante o ressarcimento dos danos, de ordem moral ou material (BITTAR, 1994. p. 561)⁸⁹.

No sistema jurídico vigente, não se permite que a vítima do ato ilícito não seja ressarcida, de forma a compensar os danos sofridos, sejam eles materiais ou morais.

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4. p.6

⁸⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008. p. 642.

⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

Não apenas em sentido etimológico, mas também em sentido jurídico, a responsabilidade civil está relacionada ao conceito de contraprestação. Entretanto, conforme relata Sergio Cavalieri Filho que “muito embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. A obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro⁹⁰”.

2.2. Evolução Histórica

A responsabilidade civil é um dos institutos do direito civil que mais sofreu modificações ao longo dos anos. Por ser o ramo do direito que visa proteger a vítima do evento danoso, moral ou material, contra o agressor, este acabou por ser tornar dinâmico, sendo necessário sua evolução de tempos em tempos, incorporando as ideias das novas teses jurídicas, que possuem a finalidade de atender aos anseios sociais.

A responsabilização humana por danos causados a terceiros, pelos atos praticados sempre existiu, visto que é da própria natureza humana a falha. Entretanto, uma vez que a sociedade evolui com o passar dos anos, assim também ocorreu a transformação do modo com que esta reparação passou a ser realizada.

No primeiro momento, temos que, a responsabilização civil, nos primórdios da humanidade e de forma bem primitiva, era fundamentada na vingança pessoal, sendo feita justiça com as próprias mãos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2003, p. 11).

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho entendem que: “A origem do instituto da responsabilidade civil parte do Direito Romano, e está calcada na concepção de vingança pessoal, sendo uma forma por certo rudimentar, mas compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido⁹¹”.

⁹⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. 4ª tiragem. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 20.

⁹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 2003. p. 11.

No segundo momento, como forma de evolução da responsabilidade civil, surge a lei das XII Tábuas, tornando-se um marco para o direito da época, consagrando o princípio da retaliação, fundado na vingança particular, estabelecendo então a “pena de Talião”, o famoso “olho por olho, dente por dente”, onde se respondia o dano sofrido com a mesma agressão ao autor, visando coibir ações não toleradas pela lei.

Posteriormente a este segundo momento do instituto, o poder público intervém na vingança privada, por intermédio do poder legislativo, declarando caso-a-caso a possibilidade de resposta a agressão sofrida.

Mesmo com a Lei das XII Tábuas em vigor, dava-se início a uma nova sistemática para compensação dos danos causados, abandonando assim a ideia de vingança pessoal, sendo estabelecido por lei o *quantum* indenizatório ou mediante a entrega de bens, tornando-se possível uma composição entre vítima e agressor. Para Alvino Lima, este período “é a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória⁹²”.

Entretanto, conforme ressalta a doutrina majoritária, o maior avanço do instituto se traduz através da *Lex Aquilia*⁹³, dando origem à responsabilização civil extracontratual ou delitual, tendo esta legislação inovado no sentido de substituir um valor fixo indenizatório estabelecido por lei, por um valor proporcional ao dano cometido. Esta modalidade de responsabilização também é chamada de Responsabilidade aquiliana. Ressalta Gagliano e Pamplona Filho que este é: “um marco na evolução histórica da responsabilidade civil se dá, porem, com a edição da *Lex Aquilia*, cuja importância foi tão grande que deu nome a nova designação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual⁹⁴”.

⁹² LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

⁹³ A “*Lex Aquilia*” foi um plebiscito aprovado entre o final do séc.III a início do séc.II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bem o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. Disponível em: <http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_20039/artigo_sobre_responsabilidade-civil---breve-historico>. Acesso em 09 out 2017.

⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 2003. p. 11.

A lei aquiliana regulamentava o *dammum injuria datum*, tipificando a conduta daquele que, injustificadamente, mediante dolo ou culpa, causasse danos físicos e morais a terceiros.

Certo era que, a compensação pecuniária substituía o caráter da pena, muito embora as ações de responsabilização civil tomaram tamanha proporção que, não se limitavam apenas ao ressarcimento dos danos materiais, mas também aos danos morais (JOSÉ DIAS, 2006. p. 26)⁹⁵.

Ato contínuo no processo evolucionista do instituto, o Código Civil Napoleônico inovou em seu tempo ao prever a culpa como pressuposto para o reconhecimento da responsabilização civil aquiliana, tornando-se assim muito influente em leis que se deram posteriormente, ao redor do mundo.

A teoria da culpa acabou influenciando o legislador brasileiro quando da elaboração da Lei nº 3.071⁹⁶, o Código Civil de 1916. Cabe ressaltar que, muito embora tenha sido uma inovação, com o decorrer do tempo, esta teoria tornou-se ineficaz à medida que não dava tratamento a todos os casos concretos que eram levados ao judiciário, surgindo assim novas teorias.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 159⁹⁷ adotou a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela em que deve ser verificada a culpa, pressuposto principal, do autor para que possa ocorrer à sua responsabilização, gerando assim a obrigação de reparação do dano. Ressalta-se que, a reparação civil por danos imateriais encontrava resistência em ser aceita pela doutrina, bem como pela jurisprudência. O legislador brasileiro preocupou-se mais com a teoria subjetiva da culpa do que com a teoria objetiva. Mudança jurisprudencial é

⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁹⁶ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 09 out 2017.

⁹⁷ **Art. 159.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm>. Acesso em 09 out 2017.

retratada na Súmula nº 341⁹⁸ do Supremo Tribunal Federal, em que se admite a presunção de culpa do agente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi definitivamente encerrada a controvérsia acerca da possibilidade de reparação de danos unicamente imaterial, ganhando assim caráter constitucional, sendo consagrado no rol dos direitos e garantias fundamentais, conforme disposto no artigo 5º⁹⁹, incisos V e X:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou **moral** decorrente de sua violação;

Neste sentido Caio Mario alega que a:

Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. [...] E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. [...] com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito¹⁰⁰.

Posterior a promulgação da Constituição, outras legislações também incluíram em seus artigos o reconhecimento da indenização mediante dano moral, como exemplo o Estatuto da

⁹⁸ *Súmula nº 341. É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=341.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 10 out 2017.

⁹⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out 2017.

¹⁰⁰ PEREIRA, C. M. S.; **Responsabilidade Civil**. 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 58.

Criança e do Adolescente em seu artigo 17^o¹⁰¹, e o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, incisos VI e VII¹⁰².

Ato contínuo, em 2002 advém o novo Código Civil, onde o legislador preocupou-se em dar maior proteção a vítima dos danos causados por terceiros, trabalhando assim a questão da prova da culpa.

Embora a regra seja a responsabilização civil subjetiva, conforme leitura do artigo 186^o¹⁰³ e 927º, Caput, foi inserida no mesmo diploma legal a responsabilização civil objetiva, conforme leitura do parágrafo único do artigo 927^o¹⁰⁴, sendo aquela que independe de culpa, o autor do fato fica obrigado a reparar os danos causados, com base na teoria da culpa presumida. Mediante a inversão do ônus da prova, o causador do evento danoso deverá provar sua inocência, presumindo-se assim culpado.

A reparação civil objetiva também é fundamentada na teoria do risco, ao prever que deverá ocorrer a reparação civil mesmo em casos de atividade reconhecidamente lícitas e socialmente aceitas.

¹⁰¹ **Art. 17.** *O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.* Lei nº 8.069/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 11 out 2017.

¹⁰² **Art. 6.** *São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;* Lei nº 8.078/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em 11 out 2017.

¹⁰³ **Art. 186.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.* **Art. 927.** *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 11 out 2017.

¹⁰⁴ **Art. 927. [...] Parágrafo único.** *Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 11 out 2017.

2.3. Espécies de Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil doutrinariamente costuma ser classificada quanto à natureza jurídica da norma violada, bem como em razão da culpa. Quanto à natureza da norma é classificada em contratual ou extracontratual e quanto à culpa, é classificada em objetiva ou subjetiva.

Para uma melhor elucidação sobre as classificações doutrinárias acima descrita, faremos uma breve explicação das mesmas.

2.3.1. Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

A responsabilização civil contratual, como o próprio nome já deixa claro, decorre da celebração de um contrato entre as partes, onde ocorrerá o dano quando uma das partes não observar o cumprimento do mesmo. Consequentemente, não será necessário comprovar a culpa do autor do evento danoso, uma vez que está é presumida.

Já a responsabilização civil extracontratual, ou também conhecida como Aquiliana, decorre da violação de deveres jurídicos fundamentados no ordenamento jurídico vigente. Dever este não estabelecido em contrato, tornando-se necessário a comprovação do dano sofrido e da culpa, para que o causador do fato seja responsabilizado.

Sobre a temática trazida à baila neste trabalho, nos interessa a responsabilidade civil extracontratual, uma vez que a situação jurídica que se estabelece entre pai e filho decorrem do ordenamento jurídico pátrio, e não da celebração de um contrato.

2.3.2. Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Cabe destacar no primeiro momento que, referente a esta classificação doutrinária, a diferença entre elas consta, basicamente, no elemento culpa (*latu senso*).

Para configurar a responsabilidade civil subjetiva, a culpa (*stricto sensu*) e o dolo, são requisitos fundamentais, enquanto que, na responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa é dispensável, sendo irrelevante a verificação da sua presença, pois presumido é.

Neste sentido, Wald e Giancoli lecionam que “*a responsabilidade subjetiva, deflui da aptidão do ser humano de pautar a sua conduta, na vida social, de acordo com os padrões legalmente fixados. O desvio de conduta, ou seja, a violação de norma legal, especialmente se havia possibilidade de evita-la, constitui a culpa*¹⁰⁵”.

Para responsabilização civil dos genitores face ao abandono afetivo, é necessário um estudo individualizado dos elementos que são pressupostos para configuração da responsabilidade civil subjetiva.

2.4. Elementos da Responsabilidade Civil Subjetiva

Para que seja configurada a responsabilidade civil do agente, é necessária a verificação de elementos que são fundamentais para o instituto ora comentado.

Conforme a leitura do artigo 186 do Código Civil é possível extrair tais elementos, sendo eles: uma ação ou omissão, a culpa em sentido lato, o dano e o nexo causal, sendo este artigo a base da responsabilidade civil, pois consagra o princípio de que ninguém possui o direito de causar danos a terceiros.

Nas palavras de Fernando Noronha¹⁰⁶, é necessária a verificação destes elementos para que surja a obrigação de reparação do dano, sendo eles:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;

¹⁰⁵ WALD, A.; GIANCOLI, B.P. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 7. p. 172.

¹⁰⁶ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 468/469

2.que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;

3.que tenham sido produzidos danos;

4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta.

Ato contínuo, estudaremos cada um destes elementos que configuram a responsabilidade civil subjetiva.

2.4.1. A conduta

A conduta é um dos elementos que se fazem necessários para a configuração da responsabilidade civil, mediante a ocorrência de um ato ilícito, conforme conceito presente no art. 186¹⁰⁷ do Cód. Civil, pressupondo uma ação ou omissão, colidindo assim com as leis pátrias, acarretando um dano a terceiros.

Doutrinariamente, a conduta é a exteriorização da vontade humana voluntária, que é exteriorizada por meio da prática de uma ação ou omissão, causando efeitos jurídicos (CAVALIERI FILHO, 2000. P. 31)¹⁰⁸.

Como regra, o causador do dano responde unicamente por fatos que ele próprio tenha dado causa, por fato próprio, também conhecido como *responsabilidade direta*. Como forma de não deixar vácuo legislativo e contemplar um número maior de agentes causadores de danos, a lei também responsabilizou o responsável por fato de terceiros, também chamado de *responsabilidade indireta*. A título de ilustração desta modalidade de responsabilização podemos citar o artigo 932¹⁰⁹ do Código Civil (CAVALIERI FILHO, 2000. P. 33).

¹⁰⁷ **Art. 186.** *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 out 2017.

¹⁰⁸ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

¹⁰⁹ **Art. 932.** *São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas*

Por ação¹¹⁰, entendemos ser um ato positivo, um agir, um gesto corporal, uma forma de exteriorização da conduta humana, sendo certo que a ação é mais fácil de ser entendida do que a omissão, pois ela decorre de uma prática humana (CAVALIERI FILHO, 2000. P. 32).

Entretanto, ao se falar em omissão, devemos ter em mente aquela pessoa que, tem o dever de ter uma determinada conduta, e não a praticou, causando assim um dano a alguém, sendo certo que esta obrigação de agir não é algo facultativo, podendo ser decorrente de lei, contrato ou até mesmo de questões profissionais. Cavalieri Filho trata a omissão como uma *inatividade, abstenção de alguma coisa devida, aquilo que se faz não fazendo*¹¹¹.

Neste sentido Flavio Tartuce entende que *para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda à demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado*¹¹².

2.4.2. O Dano

Outro importante elemento para preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil é o dano, e este subdivide-se em dano patrimonial e extrapatrimonial. Este é essencial, pois sem a presença do dano, não haveria necessidade em se falar de reparação/indenização (CARVALIERI FILHO, 2000. p. 71).

mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 16 out 2017.

¹¹⁰ A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não deveria se efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se (MARIA HELENA DINIZ, 2011. p. 56).

¹¹¹ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 32.

¹¹² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. 5.ed. São Paulo: Método, 2010. p. 355.

Sergio Cavalieri ensina que

O ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil. Indenização sem dano importaria enriquecimento ilícito; enriquecimento sem causa para quem a recebesse e pena para quem a pagasse, porquanto o objetivo da indenização, sabemos todos, é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. E, se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir. Daí a afirmação, comum a praticamente todos os autores, de que o dano é não somente o fato constitutivo mas, também, determinante do dever de indenizar¹¹³.

E neste mesmo sentido, Rui Stoco ensina que: *O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva*¹¹⁴.

Para que haja a reparação do dano por meio da indenização, necessário é que se verifiquem alguns pontos. Em primeiro momento, na análise do caso concreto deve estar presente a violação de um bem jurídico tutelado, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial.

Ao se falar em dano patrimonial, também conhecido como dano material, remete-se a ideia de redução, diminuição do valor econômico de um bem pessoal. O dano material subdivide-se em danos emergentes e lucros cessantes. O Código Civil, em seu artigo 402¹¹⁵ abarca estas duas modalidades retro mencionadas.

Ao se falar em danos emergentes, deve se ter em mente aquele dano que causa efetivo prejuízo a vítima, importando assim a redução de seu patrimônio, enquanto que, ao se falar em lucros cessantes, este deve ser compreendido como aquele lucro que se esperava receber, uma expectativa de lucro (CARVALIERI FILHO, 2000. p. 71/72).

¹¹³ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 70/71.

¹¹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 128.

¹¹⁵ **Art. 402**. *Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 out 2017.

Ao se falar em dano extrapatrimonial, conhecido como dano moral, temos que é aquele que afeta o íntimo da pessoa violada, um bem que não possui caráter econômico, imensurável, e de difícil reestabelecimento. Bens extrapatrimoniais são aqueles ligados aos direitos da personalidade, como por exemplo: a vida, a integridade física, moral ou psíquica, entre outros. O dano moral é previsto tanto no texto Constitucional, conforme consta no artigo 5º, incisos V e X¹¹⁶, bem como previsto no Código Civil, pelo artigo 186¹¹⁷.

Em suma, Agostinho Alvim ensina que [...] *pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar*¹¹⁸.

Ressalta-se que, deve ser verificado casuisticamente se o dano causado está intimamente ligado à conduta lesiva praticada pelo agente causador, sendo este o nexo causal, outro elemento exigível, para se obter judicialmente o reconhecimento do dever de reparação.

2.4.3. A Culpa (*latu sensu*)

Outro elemento indispensável para configuração da responsabilidade civil é a culpa. Esta não é conceituada pelas leis brasileiras. Na responsabilidade civil subjetiva, a modalidade de culpa que se trata é em sentido amplo (*latu sensu*), aquela que abarca tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito (*strictu sensu*).

Sergio Cavalieri Filho, apresenta uma distinção para a culpa e o dolo, nas seguintes palavras:

¹¹⁶ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 out 2017.

¹¹⁷ **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 17 out 2017.

¹¹⁸ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 173.

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante –, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio accidental de conduta decorrente de falta de cuidado¹¹⁹.

Fica evidente que, o dolo é a escolha, o desejo, à vontade, livre e consciente do agente, enquanto que a culpa, não existe o desejo de causar o dano, muito embora o resultado final seja lesivo.

Neste sentido, Rui Stoco leciona que: *Quando existe a intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, o pleno conhecimento do mal e o direto propósito de o praticar. Se não houvesse esse intento deliberado, propositual, mas o prejuízo veio a surgir, por imprudência ou negligência, existe a culpa (stricto sensu)*¹²⁰.

Cabe destacar que para caracterizar a culpa, esta possui dois elementos a serem observados, a saber: a previsibilidade e a evitabilidade. Por previsibilidade, toma-se por base o homem mediano, e se este possui a capacidade de prever aquele determinado resultado mediante aquela a prática daquele ato. Por evitabilidade, deve ser analisado se, aquele resultado poderia ser evitado.

O elemento culpa pode ser dividido em graus: levíssima, leve e grave, e este enquadramento influenciará o Juiz no momento da fixação do *quantum* indenizatório, quando da aplicação da punição.

Entretanto, o atual código civil inovou, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 944¹²¹: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. Logo, cabe a o Juiz, quando da avaliação do caso

¹¹⁹ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 36.

¹²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 133.

¹²¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 18 out 2017.

concreto, graduar o *quantum* indenizatório caso perceba desproporção entre o dano sofrido e a gravidade da culpa.

Em suma, no momento da ação, o agente ou atuou com dolo, quis causar o prejuízo ao terceiro intencionalmente, ou o agente atuou com culpa (em sentido estrito), causou o dano por se comportar sem o dever de cuidado.

2.4.4. O Nexo Causal

O nexa causal é o quarto elemento que integra a responsabilidade civil, sendo este elemento traduzido na relação de causa e efeito, tornando-se o liame entre a conduta ilícita do agente e o dano causado.

Desta forma, Júlio César Rossi e Maria Paula Cassone Rossi, conceituam o nexa causal como: “o liame que une a conduta do agente ao dano produzido, através do qual é determinada a responsabilização do agente, seja nos casos de relação obrigacional originada em contrato, seja em razão de ofensa à lei” ¹²².

O nexa de causalidade não é conceituado legalmente, entretanto seu significado decorre das leis naturais. É com base neste elemento que se conclui quem é o responsável pelo ato ilícito causador do dano. Para que o agente causador do dano seja responsabilizado civilmente, necessário é que a sua conduta ilícita tenha relação com o evento danoso sofrido pela vítima, ocorrendo assim uma relação de causa e efeito (CAVALIERI FILHO, 2000. P.49).

¹²² ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: responsabilidade Civil**, v.6, 3.ed. Editora Atlas, 2011. p.43.

3. O ABANDONO AFETIVO

3.1. O Abandono Afetivo

O abandono afetivo, também denominado *abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, ganhou grande destaque no cenário jurídico quando da publicação do Recurso Especial nº 1.159.242, caracterizado pelo descumprimento dos deveres dos responsáveis legais em cuidar, educar e dar assistência a seus filhos.

A temática sobre abandono afetivo é um assunto delicado de se tratar, pois o Estado acaba por adentrar na vida dos particulares, fazendo assim com que estes se submetam as suas regras, e ainda por tratar sobre sentimentos e valores pessoais dos membros no núcleo familiar.

Via de regra, o abandono afetivo ocorre quando chega o fim do casamento, ou da união estável dos genitores, ou quando o casal se separa antes mesmo do nascimento do filho. A guarda da criança passa a ser dada a um dos genitores, ocorrendo na grande maioria dos casos, que está é concedida a mãe, enquanto que ao outro genitor, o pai, fica obrigado a prestar alimentos, colaborar para o crescimento sadio e pleno da criança, na estruturação da sua personalidade e seu desenvolvimento como pessoa, além de desempenhar todos os outros deveres decorrentes da paternidade, uma vez que a criança tem como exemplo os pais.

O genitor que se distanciou do lar, acaba formando nova família, gerando novos filhos, e como forma de não causar contrariedades no novo núcleo familiar, abandona o filho havido na primeira família, negligenciando assim os deveres decorrentes da paternidade. Psicólogos afirmam que o distanciamento do genitor dos filhos, que a carência de afeto nas relações familiares tende a desenvolver nos filhos sentimentos de abandono, rejeição, afetando assim a autoestima daquele indivíduo como pessoa, causando reflexos em todas as áreas de sua vida.

Seguindo este entendimento, Rolf Madaleno (2009. P. 310)¹²³ afirma que um dos deveres decorrentes da paternidade é a prestação da assistência moral, psíquica e afetiva, e quando um dos genitores não o faz, deixa de exercer o mais sublime e verdadeiro sentido da paternidade, desrespeitando o contato, o entrosamento entre pai e filho. Ainda esclarece que, quando os pais são separados ou mesmo na hipótese de família monoparental, quando o ascendente não assume de fato a sua posição de genitor, deixando assim o filho em completo abandono, sem se fazer presente na vida daquele, muito provavelmente este afastamento afetará a saúde psicológica daquele filho rejeitado.

Desculpas não faltam para tentar justificar o abandono afetivo. Alguns genitores negligentes acham que por já pagarem a pensão alimentícia, já estão dispensados do cumprimento dos demais deveres da paternidade. Outros acreditam que, por nunca convivido com a criança, não devem nem pagar a pensão alimentícia. Já outros, com intuito de vingança contra o ex-cônjuge/companheira, descumprem intencionalmente seus deveres como forma de retaliação, afetando diretamente a criança fruto daquela relação.

Mediante essa conduta negligente dos genitores, Paula Gomide (2004. P.69) descreve algumas consequências possíveis decorrentes desse abandono. Na visão dela, a negligência é um dos principais fatores, que estimula comportamento antissocial na criança e que muito provável aquela criança se torne um adolescente usuário de álcool e outras drogas. Um possível adolescente infrator.

Paulo Nader nos traz uma importante reflexão sobre esta situação:

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência. [...] se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas¹²⁴.

¹²³ MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹²⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. Vol. 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 262.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, por intermédio do artigo 227^{o125}, a criança e o adolescente foram alçados ao status de sujeitos de direitos, sendo assegurados direitos e deveres.

Com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção integral e da afetividade, os pais devem colocar os filhos a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Cabe ressaltar ainda que, o Estado e a sociedade também foram inclusos neste rol de garantidores. O Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a complementar o comando Constitucional, prevê em seu artigo 7^{o126}, o desenvolvimento sadio e harmonioso destes, bem como no artigo 19^{o127}, estabelece que

¹²⁵ **Art. 227.** *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 24 out 2017.

¹²⁶ **Art. 7º.** *A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 24 out 2017.

¹²⁷ **Art. 19.** *É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que*

crianças e adolescentes sejam criados e educados no seio de sua família. Logo, os pais são os responsáveis pela criação e educação de seus filhos.

Maria Berenice Dias (2016. P 164) salienta que:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Neste sentido, Aline Biasuz (2012. P.126) retrata esta ligação entre família e afeto como sendo os personagens desse novo cenário, que é desenhado pela família: *Contemporaneamente, o afeto é desenvolvido e fortalecido na família, sendo este, ao mesmo tempo, a expressão de união entre seus membros e a mola propulsora dos integrantes que buscam a sua realização pessoal através da sua exteriorização de forma autêntica.*

Para que haja um bom convívio entre os membros de uma família é de fundamental importância os laços afetivos¹²⁸.

Ainda neste sentido, Eduardo de Oliveira Leite (1991. P. 338)¹²⁹ entende que os membros da família se realizam mediante a intensidade dos sentimentos familiares

garanta seu desenvolvimento integral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 24 out 2017.

¹²⁸ Segundo José Sebastiao de Oliveira (2002. P. 235): *É dentro da família, que os laços de afetividade tornam-se mais vigorosos e aptos a sustentar as vigas do relacionamento familiar, contra males externos; é nela, que seus membros recebem estímulos para pôr em prática suas aptidões pessoais. Daí então ser a característica da afetividade, aliada, por óbvio, à nuclearidade, a responsável pela plena realização pessoal de cada membro familiar. A afetividade faz com que a vida em família seja sentida da maneira mais intensa e sincera possível, e isto, só será possível caso seus integrantes não vivam apenas para si mesmo: cada um é o “contribuinte” da felicidade de todos.* OLIVEIRA, José Sebastião. Fundamentos constitucionais do Direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento**. Ed. Juruá, 1991. P. 338.

envolvidos, refletindo assim no ambiente doméstico, no ambiente profissional, até mesmo na identidade do indivíduo. Segundo ele, o que une os membros é o sentimento, o costume, o gênero da vida.

Importante frisar que, cada pessoa desempenha um papel único no ambiente familiar. A falta de um desses atores acaba gerando transtornos, e conseqüentemente sobrecarregando o outro, e quem de fato mais sofre com as perdas neste núcleo familiar é a criança.

O não desempenho dos deveres decorrentes do poder familiar, por um dos genitores, pode causar na criança danos emocionais irreversíveis, sequelas psicológicas, afetar o desenvolvimento daquela criança como parte integrante futuramente da sociedade, e futuramente, como um adulto, este pode ser eternamente infeliz, inseguro.¹³⁰ Mediante um trabalho interdisciplinar, é possível se verificar os danos causados na vida daquela criança, e os tribunais tem reconhecido tais danos, obrigando os causadores a indenizar os filhos pelos danos afetivos causados (MARIA BERENICE DIAS. 2016. P. 164).

Segundo Maria Berenice Dias (2016. P. 165), a falta de afetividade por um dos genitores não de azo a indenização. Em contrapartida, o dano psicológico causado na criança deve servir de lição para que os pais sejam presente e tenham comprometimento na criação de seus filhos, evitando assim que este fato grave ocorra na vida daquele ser em formação. Não estaria se falando em monetarização do amor, mas reconhecendo que o vínculo afetivo é um bem, e que este bem possui valor altíssimo.

¹³⁰ Neste sentido temos o julgado da Apelação Civil nº 10145074116982001, pelo Desembargados Barros Levenhagen: *Ação de danos morais. Abandono afetivo de menor. Genitor que se recusa a conhecer e estabelecer convívio com filho. Repercussão psicológica. Violação ao direito de convívio familiar. Inteligência do art. 227, da CF/88. Dano moral. Caracterização. Reparação devida. Precedentes. 'Quantum' indenizatório. Ratificação. Recurso não provido. Sentença confirmada. A responsabilidade pela concepção de uma criança e o próprio exercício da parentalidade responsável não devem ser imputados exclusivamente à mulher, pois decorrem do exercício da liberdade sexual assumido por ambos os genitores.* (TJMG, AC 10145074116982001, 5ª C. Civ., j. 16.01.2014, Rel. Barros Levenhagen).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, já se posicionou favoravelmente a possibilidade de indenização mediante o abandono afetivo, conforme enunciado nº 08¹³¹.

3.2. Abandono Afetivo, Abandono Material e Abandono Intelectual - Diferenças

Neste momento cabe ser feita uma importante distinção. Não se pode confundir abandono afetivo, que é o desprendimento afetivo de um dos genitores em relação ao seu filho, com abandono material ou abandono intelectual¹³².

Estas duas últimas modalidades de abandono já possuem tipificação no código penal brasileiro. O abandono intelectual, previsto no código penal conforme os artigos 246¹³³ e 247¹³⁴, pode ser configurado de duas formas: ou quando os responsáveis legais deixam de prestar a educação primária do filho em idade escolar, tendo essa norma como finalidade evitar a evasão escolar e o analfabetismo infantil; ou quando se permite que o filho menor de idade frequente casa de jogos ou conviva com pessoas viciadas, frequente lugares capazes de perverte-lo ou ofender-lhe o pudor, trabalhe em casa de prostituição ou mendigue.

Já o abandono material, também previsto no artigo 244¹³⁵ do código penal, ocorre mediante três formas: quando o responsável legal deixa de prover a subsistência do filho

¹³¹ **Enunciado 8 do IBDFAM:** *O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em 25 out 2017.

¹³² Conselho Nacional de Justiça. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>. Acesso em 26 out 2017.

¹³³ **Art. 246.** *Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 26 out 2017.

¹³⁴ **Art. 247.** *Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - frequente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - frequente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 26 out 2017.

¹³⁵ **Art. 244.** *Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente*

menor de 18 anos, sem justa causa, não proporcionando a ele os recursos necessários; ou quando falta com o pagamento da pensão alimentícia, fixada judicialmente; ou quando deixa de socorrer este quando gravemente enfermo, sem justa causa.

3.3. A Decisão Paradigma – O Recurso Especial nº 1.159.242

A decisão escolhida como base para fundamentar o presente trabalho foi o julgamento do Recurso Especial, paradigmático, nº 1.159.242, em 24/04/2012 pela Ministra relatora Nanci Andrichi, em que Antonio Carlos Jamas Dos Santos, genitor e recorrente, não satisfeito com o provimento da Apelação Cível em face de Luciane Nunes De Oliveira Souza, filha e recorrida, interpôs recurso ao STJ como forma de modificar o Acórdão.

Foi proposta ação indenizatória mediante danos morais e materiais, alegando a autora ter sofrido abandono afetivo e material durante sua infância e juventude. O Juiz de 1ª Instância, Dr. Luis Fernando Cirillo, no Processo n.º 01.036747-0¹³⁶, perante a 31ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, julgou parcialmente procedente a ação afastando a questão do abandono afetivo, entendendo que aquele distanciamento entre genitor e filha ocorreu em face do comportamento agressivo da genitora, após o fim do relacionamento dos genitores, condenando apenas a indenização por dano moral e custeio do tratamento psicológico. O Tribunal, mediante acórdão dos Desembargadores, reformaram a Decisão, entendendo ter ocorrido o abandono afetivo e condenando o genitor ao pagamento de uma indenização fixada em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais). Irresignado, Antonio Carlos interpôs Recurso Especial, alegando violação aos arts. 159 do CC/1916 (atual 186 do CC/02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, além de divergência jurisprudencial sobre a material. Alegou também que, não abandonou a filha, e se tivesse abandonado isto não importava em ato ilícito e que a única punição prevista para o descumprimento dos deveres decorrentes da paternidade era a perda do poder familiar.

enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 26 out 2017.

¹³⁶ **Revista Brasileira de Direito de Família.** Belo Horizonte: Síntese, a. VI, n. 25. ago/set. 2004. p. 160.

Importante frisar que o REsp. nº 1.159.242 foi inovador e paradigmático, uma vez que caminhou em sentido contrário ao entendimento daquela Corte, consubstanciado no REsp. nº 757.411. Quando do julgamento deste último REsp. citado, o Ministro entendeu não ser função do judiciário obrigar ninguém a amar, ou manter um relacionamento afetivo com outrem, e que uma indenização pleiteada neste sentido, pelos danos sofridos mediante esta falta afetiva, não atingiria finalidade alguma, e que a legislação (ECA e Cód. Civil) prevêem como punição máxima para esse genitor irresponsável a perda do poder familiar. Termina o voto dizendo ser impossível o reconhecimento do abandono afetivo como um dano indenizável, fundamentando no art. 159 do Código Civil de 1916. Com o surgimento do novo julgamento, foi reconhecido a possibilidade de se responsabilizar civilmente um genitor mediante o abandono afetivo praticado aos seus descendentes. Como bem destacou a Ministra relatora do caso, *“Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos”*, e continua o ensinamento, *“amar é faculdade, cuidar é dever”*. Para uma reflexão pessoal sobre o Resp. paradigmático, segue o inteiro teor – (ANEXO 1).

Cabe destacar outras duas ações pioneiras levadas ao judiciário sobre a mesma temática, servindo de precedente para os demais julgamentos sobre casos semelhantes.

A primeira ação judicial versando sobre a possibilidade de indenização face ao abandono afetivo foi ajuizada na Comarca de Capão da Canoa, Rio Grande do Sul, sob o processo nº 141/1030012032-0¹³⁷, onde foi proferida Decisão pelo Juiz de Direito Dr. Mario Romano Maggioni, em 15.09.2003, reconhecendo o abandono afetivo e moral e responsabilizando civilmente o genitor a indenizar a filha de 9 anos no montante de 200 salários-mínimos (R\$ 48.000,00). O réu foi revel e a sentença transitou em julgado. Como fundamentação da sentença o Juiz ressaltou os deveres decorrentes da paternidade:

“[...] aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar,

¹³⁷ **Revista Brasileira de Direito de Família**. Belo Horizonte: Síntese, a. VI, n. 25. ago/set. 2004. p. 150.

passar, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme”.

E ainda ressaltou o aspecto negativo do abandono na vida dos filhos: *a ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido, ou em desenvolvimento, violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhes dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.*

A segunda ação levada ao judiciário foi a proposta perante a 19ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte/MG, onde a demanda foi julgada improcedente, entendendo o juiz que o elemento do nexo causal não estava presente quando da análise do caso concreto, não sendo configurado o abandono afetivo, pois o genitor sempre cumpriu com o pagamento da pensão alimentícia. A 7ª Câmara Cível do Tribunal, ao julgar a Apelação Cível nº 408.550-5, em 01/04/2004, por relatoria do Desembargador Unias Silva, reformou a sentença de primeiro grau, condenando o genitor ao pagamento de uma indenização por dano moral no valor de R\$ 44.000,00 reais, alegando que a conduta ilícita do genitor acarretou danos a dignidade do filho, além do descumprimento do dever imposto pela lei em se manter o convívio familiar entre pais e filhos, independente do cumprimento de prestação de alimentos. Este caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça, mediante Recurso Especial nº 757.411¹³⁸, em 29/11/2005, pelo Ministro relator Fernando Gonçalves, conhecendo do recurso e afastando a possibilidade de indenização nestes casos. Importante destacar o argumento levado em conta pelo Ministro para afastar o reconhecimento do abandono afetivo:

No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar [...] Assim, o ordenamento jurídico, [...] já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

138 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 757.411 – MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julg. 29/11/05, DJ 27/03/06, p. 299.

3.4. O Projeto de Lei 3212/2015

No ano de 2007, pelo Senado Federal, foi encaminhado à Câmara dos Deputados Federais, o Projeto de Lei nº 700/2007, de autoria do então Senador Marcelo Crivella, com a finalidade de se alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, para que o abandono afetivo passasse a constar como ilícito civil, sendo incluída no parágrafo único do art. 5º:

Art. 5º
Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo.” (NR).

E o projeto de Lei vai além, conceitua o que é a assistência afetiva que os genitores são obrigados a prestar a seus filhos, na seguinte redação:

Art. 4º
§ 2º Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visita periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.
§ 3º Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência afetiva:
I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;
II – solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;
III – presença física espontaneamente

Atualmente, o projeto de lei, sob nova numeração, nº 3212/2015 – (**ANEXO 2**), encontra-se paralisado na Câmara dos Deputados Federais, aguardando designação de relator para inclusão de pauta e posterior votação.

3.5. A Responsabilidade Civil Subjetiva Mediante o Abandono Afetivo, a Prova do Dano Moral e o *Quantum* Indenizatório

Conforme estudado detalhadamente no capítulo 2, causar danos a terceiros configura a prática de um ato ilícito. O Artigo 186 do Código Civil estabelece a modalidade subjetiva da responsabilidade civil, nos seguintes termos: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária,*

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Uma vez que se comete um ato ilícito contra alguém, e esse ato causa danos, gera a obrigação de reparação, conforme estabelece o artigo 927, a seguir: *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Para que ocorra a responsabilização civil subjetiva dos genitores, conforme retrata o Recurso Especial precedente, deve ser verificado a conduta culposa dos pais, caso contrário não estará presente todos os elementos necessários para configurar o instituto da responsabilidade civil, e consequentemente não se pode falar em indenização por dano moral.

Conforme retro mencionado, os elementos necessários para configurar a responsabilidade civil subjetiva dos genitores são: uma ação ou omissão, a culpa (*latu sensu*), o dano e o nexo causal. É mediante esta análise primária que se verifica a possibilidade de enquadrar os genitores a serem responsabilizados civilmente pelo abandono afetivo, uma vez que estes descumpriram os deveres decorrentes da paternidade, e por consequência geram danos psicológicos em seus filhos. Certo é que a aplicação deste instituto não visa somente a punição dos genitores negligentes, mas tem por finalidade demonstra que este comportamento causa danos de difíceis reparações em crianças e adolescentes, seres humanos em formação, e outra finalidade também pretendida é de se evitar que situações semelhantes ocorram.

Para Aline Biasuz (2012. P. 164) a responsabilidade civil no seio familiar é algo delicado a ser estudado, uma vez que se estaria diante de dois princípios próximos em si mesmo: a dignidade da pessoa acima de qualquer coisa e a função social da família com a limitação da intervenção estatal nas relações privadas. O ponto importante deste trabalho é a questão da valorização do afeto, do vínculo, do respeito entre os membros da família.

Neste sentido, Aline Biasuz (2012. P. 240) fala sobre a reparação no abandono afetivo:

[...] o bem jurídico tutelado primeiramente é a integridade psíquica e emocional do menor; num segundo plano é o desenvolvimento de sua personalidade, livre de máculas, traumas, memórias inefáveis, frustrações negativas, cultivações da autoestima e, por fim, libertação de patologias. Esta valoração tem como ponto de partida a dignidade da pessoa, passando pelos deveres inerentes ao poder familiar, a

função da família, tendo como limite a doutrina constitucional da proteção integral, ou seja, melhor interesse da criança.

Conforme os artigos 1.637¹³⁹ e 1.638¹⁴⁰ do Código Civil, o descomprometimento dos genitores na criação adequada dos filhos, com base nos parâmetros legais, também pode dar causa a suspensão ou até mesmo, em medida extrema, a perda do poder familiar. Não cabe falar que a perda do poder familiar desobriga o genitor negligente em ser responsabilizado civilmente. Neste sentido, destaca-se parte do voto-vista¹⁴¹ do Ministros Sidnei Beneti em relacionado ao Resp. nº1.159.242, tratando a questão da perda do poder familiar e a responsabilização civil do genitor:

[...] Não podendo ser erigida como eximente indenizatória a sanção construída pela perda do poder familiar (CC/2002, art. 1638, II, c. C. Art. 1634, II), porque de uma sanção, de natureza familiar, por ação ou omissão reprováveis do genitor, a perda do poder familiar, não será congruente extrair o despojamento de direito a outra sanção, de consequências patrimoniais, consistente na indenização por dano moral, até porque o contrário significaria impor ao lesado a perda de direito (indenização por dano moral) devido a haver sido vítima de ação ou omissão do mesmo ofensor (abandono), ao mesmo tempo em que isso ensejaria dupla vantagem ao ofensor, com o despojamento de responsabilidades familiares e indenizabilidade de dano moral (tornando-se verdadeiro incentivo ao abandono familiar).

Ao se falar em abandono subentende-se a ocorrência de um dano, e para que este seja indenizável, deve ser comprovado. Tal comprovação, conforme relatado no Resp., deve ser realizado mediante laudo técnico, por uma equipe multidisciplinar, onde seja demonstrado o dano sofrido e sua extensão, em outras palavras, que seja diagnosticado determinada patologia psicologia, e que esta seja decorrente do abandono afetivo causado por um dos genitores.

¹³⁹ **Art. 1.637.** *Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. **Parágrafo único.** Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02 nov 2017.

¹⁴⁰ **Art. 1.638.** *Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02 nov 2017.

¹⁴¹ Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgados_marcantes_Nancy_Andrighi.pdf>. Acesso em 02 nov 2017.

Uma vez demonstrado o dano, passível de indenização será. A modalidade do dano a ser tratado baseado no abandono afetivo é o dano moral, decorrente dos prejuízos extrapatrimoniais, que envolvem a estima pessoal, o seu interior, o psicológico, não sendo a avaliação desse dano mensurável de forma fácil, como é tranquilamente verificável no dano material, em que a reparação é feita mediante a avaliação dos prejuízos sofridos e aplicável uma indenização proporcional a sanar aquele dano, retornando a vítima ao seu *status quo ante*.

O dano moral é constitucionalmente reconhecido, pois está previsto no artigo 5º¹⁴², incisos V e X. Sergio Cavalieri Filho (2002, P. 85) aduz que: “Dano moral, a luz da Constituição Federal vigente, nada mais é do que a violação do direito à dignidade”. Logo, é perfeitamente cabível o filho negligenciado pretender a reparação civil dos danos sofridos em face do genitor relapso, pela falta do cumprimento dos deveres decorrentes da paternidade, da assistência moral e afetuosa, onde o filho vitimado teve a sua dignidade ferida por quem legalmente tem o dever protege-lo.

A indenização possui um caráter duplo, punitivo e compensatório. Punitivo para o agressor e compensatório para a vítima do dano. Certo é que, a reparação não pode causar o enriquecimento sem causa para a vítima, assim como não pode reduzir substancialmente o patrimônio do autor. A indenização não possui caráter punitivo, o que se pretende é a repreensão do autor do dano, bem como o desestímulo da prática lesiva pela sociedade.

Como instrumento de auxílio ao julgador em auferir a valoração do dano moral, o artigo 944 do Código Civil prevê que o *quantum* indenizatório é *medido pela extensão do dano*. Contudo, o parágrafo único, de forma bem inteligente da liberdade ao magistrado de quantificar o dano, conforme suas convicções, caso entenda existir no caso concreto *excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano*.

¹⁴² **Art. 5º.** [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral** ou à imagem; [...]; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou **moral** decorrente de sua violação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03 nov 2017.

A finalidade da indenização proveniente do dano moral não é ressarcir o sofrimento, a dor, o trauma psicológico, uma vez que incomensuráveis os valores pessoais, personalíssimos. A indenização não conseguirá pagar o que não possui preço, entretanto compensará a vítima de certa forma.

3.6. Decisões Judiciais Favoráveis e Desfavoráveis sobre o Abandono Afetivo

Sobre a possibilidade de reparação civil pelo reconhecimento do abandono afetivo, os Tribunais do país têm adotado posições divergentes, como será exposto a seguir. Abordado no tópico específico, a primeira sentença favorável foi prolatada em 2003, na Comarca de Capão de Canoa no Rio Grande do Sul, onde o genitor negligente foi condenado a indenizar sua filha, abandonada afetivamente, em 200 salários mínimos a título de danos morais.

Em decisão mais recente, em 16 de junho de 2016, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na 3ª Vara Cível de Brasília, processo nº 2013.01.1.136720-0¹⁴³, o pai foi condenado a pagar a título de danos morais a importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo abandono afetivo sofrido.

Relata o autor da ação que o pai, por vezes marcou de encontra-lo e não compareceu, não fazia questão de exercer o direito de visita, dava tratamento diferenciado aos seus outros dois filhos, fruto do novo matrimônio, que recebia telefonemas em que o pai estava bêbado e quando o via, encontrava-se na companhia de mulheres desconhecidas. Que mediante toda essa situação, desenvolveu doença pulmonar de fundo emocional e problemas comportamentais. O juiz julgou procedente a ação. Inconformado com a decisão houve o recurso para o tribunal competente, sendo negado provimento ao recurso e mantida a sentença pelos seus próprios fundamentos. Segue a ementa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE PREPARO. RECURSO NÃO CONHECIDO. ABANDONO

¹⁴³ Disponível em: < <http://cache.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTRA&CIRCUN=1&CDNUPROC=20130111367200>>. Acesso em 10 nov 2017.

AFETIVO. DANO MORAL INDENIZÁVEL. SENTENÇA MANTIDA.

1. A ausência de preparo incorre em juízo de admissibilidade negativo, que impossibilita o conhecimento do apelo e insta o magistrado a declará-lo deserto.
2. "Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social." (Resp nº 1.159.242/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi. 24/04/2012)
3. A indenização por danos morais deve ser fixada levando-se em consideração a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida, de forma a assegurar-se a reparação pelos danos morais experimentados, o que implica no adequado exame das circunstâncias do caso, mostrando-se razoável o valor fixado em sentença.
4. Recurso do réu não conhecido; desprovido, o do autor.

Segundo o professor Flávio Tartuce¹⁴⁴, a questão do reconhecimento da reparação civil pelo abandono afetivo é um tema que gera grande temor jurisprudencial, pois pela análise dos julgados, não se comprovando o dano, não se configura o ato ilícito. Ainda, como forma de afastamento do reconhecimento da responsabilização civil, verificou-se que *o mero distanciamento físico entre pai e filho não configura, por si só, o ilícito indenizante*. Muito embora o Recurso Especial nº 1.159.242 tenha sido paradigmático, há certo ceticismo por parte dos tribunais pela aplicação do instituto. Outro método utilizado para o não conhecimento do abandono é a prescrição do direito. Esclarece que, o prazo prescricional de três anos, começa a contar quando da maioridade do filho, porem entende não ser o mecanismo mais acertado visto que *os casos de abandono afetivo são similares aos casos de responsabilidade civil por tortura*, devendo ocorrer *a imprescritibilidade da pretensão em tais situações*. A prescrição é utilizada para negar o dano moral, conforme se verifica da ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO, POR MEIO DA QUAL OBJETIVOU O AUTOR O RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE, ASSIM COMO O RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL, EM RAZÃO DO ABANDONO AFETIVO POR SEU GENITOR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. INCONFORMISMO DAS PARTES. PATERNIDADE COMPROVADA PELO EXAME DE DNA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. Na espécie, o prazo prescricional se iniciou com a maioridade civil do demandante ocorrida em 23 de dezembro de 2001, ou seja, na vigência do Código Civil de 1.º de janeiro de 1916. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Assim, deve ser aplicada, na espécie, a regra de transição constante do artigo 2.028 do Código Civil

¹⁴⁴ Disponível em: < <http://www.flaviotartuce.adv.br/>>. Acesso em 09 nov 2017.

em vigor. Dessa forma, na data da propositura da presente demanda, em 15 de agosto de 2012, a prescrição trienal da pretensão relativa à reparação civil já havia se consumado, nos termos do artigo 206, do § 3.º, da alínea V do referido diploma civil. Reconhecimento da paternidade que deve ser mantido. Honorários advocatícios que devem ser fixados na forma do artigo 86 do Código de Processo Civil, diante da sucumbência recíproca. Primeiro recurso a que se dá provimento parcial, reformando parcialmente a sentença, para o fim de reconhecer a prescrição da pretensão autoral, relativa à reparação civil, condenando as partes ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, metade para cada litigante, mantidos os demais termos da decisão recorrida, prejudicado o segundo recurso. TJRJ. 0028845-19.2012.8.19.0066 – APELAÇÃO. Des(a). GEÓRGIA DE CARVALHO LIMA - Julgamento: 29/06/2016 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL.

Um julgado mais recente versando sobre o tema, perante a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Santa Catarina¹⁴⁵, um filho pleiteou a responsabilização civil mediante o abandono afetivo do seu genitor. Nas palavras do desembargador Jorge Luiz, *"Ao Poder Judiciário não é dada a incumbência de tutelar o amor ou o desafeto, numa espécie de judicialização dos sentimentos, que são incontrolláveis pela sua própria essência"*. No caso concreto, o julgador faz uma diferenciação entre falta de afeto e desprezo acintoso, nos seguintes termos:

"Em casos excepcionais, onde a falta de afeto criou espaço para um sentimento de desprezo acintoso, de menoscabo explícito, público e constrangedor, não se descarta a possibilidade do filho pleitear a reparação pelo dano anímico experimentado, porque nesse caso, ao invés da inexistência de amor, não nascido espontaneamente, há uma vontade deliberada e consciente de repugnar a prole não desejada".

Verifica-se que a jurisprudência tem sido cautelosa quanto ao reconhecimento do abandono afetivo para a incidência do dano moral nas relações paterno-filiais.

¹⁴⁵ Justiça não é o caminho para resgatar amor do pai, diz TJ/SC ao negar indenização por abandono afetivo. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI268083,71043-Justica+nao+e+o+caminho+para+resgatar+amor+do+pai+diz+TJSC+ao+negar>>. Acesso em 09 nov 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema sobre a possibilidade de responsabilização civil dos genitores em face do abandono afetivo é atual e relevante, pois acaba ocorrendo uma intervenção Estatal no núcleo familiar, gerando obrigações para os particulares. O tema possui grande repercussão social, visto o grande número de demandas judiciais em que filhos tentam ser indenizados mediante uma prática não esperada por parte de um dos genitores, aquele que antes de legalmente, naturalmente deveria ser o guardião, cuidador da sua prole.

É de se saltar aos olhos o cuidado em que a Lei Suprema do País, a Constituição Federal da República, teve ao tratar do tema família, garantindo proteção especial a entidade e a seus membros, além de destaca-la como base da sociedade. Ao ser humano foi dado tratamento como nunca antes visto, sendo incluindo um amplo rol de garantias fundamentais no início da carta constitucional, conforme revela o artigo 5º, e como a Criança e o adolescente são equiparados aos adultos para o reconhecimento de seus direitos, estes também foram contemplados.

Com base na evolução histórica do direito de família no Brasil, fica claro que a família abandonou o modelo tradicional patriarcalista, decorrente do matrimônio, onde os membros da família são subordinados ao Pai, Homem da família, detentor do pátrio poder, dando lugar a uma família onde ambos os pais possuem poderes iguais sobre seus filhos, somando forças para o pleno desenvolvimentos de todos os integrantes daquele lar. A família deixou de ser unicamente aquela decorrente do matrimônio, dando espaço ao reconhecimento de outros modelos, que passam a existir mediante a evolução social.

Outro ponto tratado no presente trabalho foram as transformações que o direito a filiação sofreu positivamente. Antes só era reconhecido como filho aquele havido na constância do matrimônio, e atualmente direito concede este título quando constatado o vínculo socioafetivo.

O presente estudo demonstrou que, com base na legislação vigente, ambos os pais possuem o dever de assistir, cuidar e educar seus filhos, que se tornarão os membros da sociedade de amanhã. Ressalta-se que, os direitos e deveres da criança e do adolescente não são tratados apenas na Constituição, mas também em uma legislação especial, voltada para este grupo. A proteção integral e melhor interesse são princípios basilares que norteiam as relações familiares. Foi demonstrado ainda que, quando um dos genitores que não convive com o filho, resolve o abandonar afetivamente, privando o mesmo do convívio deste, acaba assumindo um papel inesperado socialmente, torna-se negligente. Esta conduto ilícita, pode causar graves danos psicológicos, emocionais no íntimo da criança, que perdurará toda sua vida.

Mediante essa mudança no perfil familiar, nas novas relações que se desenharam pós-1988, com o advento da Constituição Cidadã, começaram a ingressar no judiciário brasileiro filhos que não aceitavam tal comportamento de seus genitores, via de regra, o pai. Algumas decisões de primeira instância reconheceram a possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil, mediante a comprovação fática, através de laudos específicos, de que o filho abandonado afetivamente sofreu danos. Outros juízes entenderam pela não aplicação do instituto, uma vez que se estaria diante da monetarização do amor, e que o direito não tem a capacidade de obrigar ninguém a amar a outro, pois essa escolha é subjetiva. Recursos chegaram até os Tribunais Superiores, onde em 2012, pelo RESP. nº 1.159.242, após uma exposição impar da Ministra Nancy Andrigli, foi entendido pela possibilidade da aplicação da responsabilidade civil dos genitores quando do abandono afetivo comprovado, uma vez que tal prática enseja em dano extrapatrimonial pois atinge a moral da pessoa como ser humano. Tem-se que o convívio familiar, a interação entre seus membros é necessária para a boa formação, desenvolvimento dos filhos, conforme consta no artigo 227 da Lei Máxima.

Conclui-se que, atualmente é possível ser indenizado pelos danos morais decorrente da prática do abandono afetivo causada por genitores, visto as decisões judiciais sobre o caso. Entretanto, como forma de afastar esta condenação, os juízes entendem não estar configurado o dano, mediante as provas processuais, além de utilizar o prazo prescricional de 03 anos para ajuizamento da ação, após a maioridade.

REFERÊNCIAS

A doutrina da situação irregular do menor e a doutrina da proteção integral. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12051>. Acesso em 27 set 2017.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências.** São Paulo: Saraiva, 1980.

Ana Cristina P. Laje. **Liberalismo no Brasil.** Disponível em: < http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_liberalismo.htm>. Acesso em: 16 set 2017.

Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 de dezembro de 1948. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em 19 set 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil.** 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 1.144**, de 11 de setembro de 1861. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1144-11-setembro-1861-555517-publicacaooriginal-74767-pl.html>>. Acesso em 17 set 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 3.069**, de 17 de abril de 1863. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3069-17-abril-1863-555008-publicacaooriginal-74026-pe.html>>. Acesso em 17 set 2017.

_____. Câmara dos Deputados. **Decreto nº 9.886**, de 07 de março de 1888. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-9886-7-marco-1888-542304-publicacaooriginal-50566-pe.html>>. Acesso em 17 set 2017.

_____. Código Civil. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em 17 set 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 17 set 2017.

_____. **Constituição Federal da República**, de 5 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 30 out 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 119-A**, de 07 de janeiro de 1890. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em 17 set 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 24 set 2017.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 17.943-A, de 12 outubro de 1927**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso em 18 set 2017.

_____. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 09**, de 28 de junho de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em 18 set 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 4.121**, de 27 de agosto de 1962. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm >. Acesso em 17 set 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 6.515**, de 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em 18 set 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 6.697**, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm >. Acesso em 19 set 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 883**, de 21 de outubro de 1949. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883impressao.htm >. Acesso em 17 set 2017.

_____. Presidência da República. **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 24 set 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> >. Acesso em 16 set 2017.

Concílio de Trento. Disponível em: < http://www.suapesquisa.com/resumos/concilio_trento.htm >. Acesso em 17 set 2017.

Convenção Interamericana de Direitos Humanos. **Pacto São José da Costa Rica**. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> >. Acesso em: 21 set 2017.

COUTO E SILVA, Clovis do. **Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro**. Revista da Ajuris. Porto Alegre, n. 40, 1987.

CURY, Munir. **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 11º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias [livro eletrônico]**. 11ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Dicionário Priberam. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/fam%C3%ADlia>>. Acesso em 12 set 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. vol. 3. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil. Direito das Famílias**. Vol. 6. 5ª Ed. Editora JusPodivm. 2013.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª ed. 4ª tiragem. Revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. 2003.

Há 124 anos, Brasil deixou a monarquia e se tornou república. Disponível em: < <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/515199/ha-124-anos-brasil-deixou-a-monarquia-e-se-tornou-republica> >. Acesso em 16 set 2017.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/> >. Acesso em 17 set 2017.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono Afetivo. Valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família: origem e evolução do casamento.** Ed. Juruá, 1991.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009

MOURA, Claudia Belloti. **A questão da coisa julgada na investigação de paternidade: novas perspectivas.** Rio Grande do Sul: UPF Editora, 2004. p.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil.** Vol. 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do Direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, C. M. S.; **Responsabilidade Civil.** 9º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.

ROSSI, Júlio César; ROSSI, Maria Paula Cassone. **Direito Civil: responsabilidade Civil,** v.6, 3.ed. Editora Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.
Sistema Matrimonial no Brasil. Disponível em: <
http://www.infosbc.org.br/site/artigos/818-sistema-matrimonial-no-brasil#_ftn3>. Acesso em 17 set 2017.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e Responsabilidade Civil.** 5.ed. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Uma breve história dos Direitos da criança e do adolescente no Brasil. Disponível em: <
<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>>. Acesso em 18 set 2017.

WALD, A.; GIANCOLI, B.P. **Direito Civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 7.

ANEXO 1 - RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E
OUTRO(S) RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA
SOUZA ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto por ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da CF/88, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA em desfavor do recorrente, por ter sofrido abandono material e afetivo durante sua infância e juventude.

Sentença: o i. Juiz julgou improcedente o pedido deduzido pela recorrida, ao fundamento de que o distanciamento entre pai e filha deveu-se, primordialmente, ao comportamento agressivo da mãe em relação ao recorrente, nas situações em que houve contato entre as partes, após a ruptura do relacionamento ocorrido entre os genitores da recorrida.

Acórdão: o TJ/SP deu provimento à apelação interposta pela recorrida, reconhecendo o seu abandono afetivo, por parte do recorrente – seu pai –, fixando a compensação por danos morais em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais), nos termos da seguinte ementa:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DA PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Recurso especial: alega violação dos arts. 159 do CC-16 (186 do CC-02); 944 e 1638 do Código Civil de 2002, bem como divergência jurisprudencial.

Sustenta que não abandonou a filha, conforme foi afirmado pelo Tribunal de origem e, ainda que assim tivesse procedido, esse fato não se reveste de ilicitude, sendo a única punição legal prevista para o descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar – notadamente o abandono – a perda do respectivo poder familiar –, conforme o art. 1638 do CC-2002.

Aduz, ainda, que o posicionamento adotado pelo TJ/SP diverge do entendimento do STJ para a matéria, consolidado pelo julgamento do REsp n.º 757411/MG, que afasta a possibilidade de compensação por abandono moral ou afetivo.

Em pedido sucessivo, pugna pela redução do valor fixado a título de compensação por danos morais.

Contrarrazões: reitera a recorrida os argumentos relativos à existência de abandono material, moral, psicológico e humano de que teria sido vítima desde seu nascimento, fatos que por si só sustentariam a decisão do Tribunal de origem, quanto ao reconhecimento do abandono e a fixação de valor a título de compensação por dano moral.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial (fls. 567/568, e-STJ).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 - SP (2009/0193701-9)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : ANTONIO CARLOS JAMAS DOS SANTOS
ADVOGADO : ANTÔNIO CARLOS DELGADO LOPES E OUTRO(S)
RECORRIDO : LUCIANE NUNES DE OLIVEIRA SOUZA
ADVOGADO : JOÃO LYRA NETTO

VOTO

Sintetiza-se a lide em determinar se o abandono afetivo da recorrida, levado a efeito pelo seu pai, ao se omitir da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade, constitui elemento suficiente para caracterizar dano moral compensável.

1. Da existência do dano moral nas relações familiares

Faz-se salutar, inicialmente, antes de se adentrar no mérito propriamente dito, realizar pequena digressão quanto à possibilidade de ser aplicada às relações intrafamiliares a normatização referente ao dano moral.

Muitos, calcados em axiomas que se focam na existência de singularidades na relação familiar – sentimentos e emoções – negam a possibilidade de se indenizar ou compensar os danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais a que estão sujeitos os genitores.

Contudo, não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família.

Ao revés, os textos legais que regulam a matéria (art. 5,º V e X da CF e arts. 186 e 927 do CC-02) tratam do tema de maneira ampla e irrestrita, de onde é possível se inferir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro de um

núcleo familiar, em suas diversas formas.

Assim, a questão – que em nada contribui para uma correta aplicação da disciplina relativa ao dano moral – deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares.

Outro aspecto que merece apreciação preliminar, diz respeito à perda do poder familiar (art. 1638, II, do CC-02), que foi apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumram do múnus a eles atribuído, de dirigirem a criação e educação de seus filhos (art. 1634, II, do CC-02).

Nota-se, contudo, que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações, porque tem como objetivo primário resguardar a integridade do menor, ofertando-lhe, por outros meios, a criação e educação negada pelos genitores, e nunca compensar os prejuízos advindos do malcuidado recebido pelos filhos.

2. Dos elementos necessários à caracterização do dano moral

É das mais mezinhas lições de Direito, a tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal. Porém, a simples lição ganha contornos extremamente complexos quando se focam as relações familiares, porquanto nessas se entremeiam fatores de alto grau de subjetividade, como afetividade, amor, mágoa, entre outros, os quais dificultam, sobremaneira, definir, ou perfeitamente identificar e/ou constatar, os elementos configuradores do dano moral.

No entanto, a par desses elementos intangíveis, é possível se visualizar, na relação entre pais e filhos, liame objetivo e subjacente, calcado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto – casos de adoção –, para os quais há preconização constitucional e legal de obrigações mínimas.

Sendo esse elo fruto, **sempre**, de ato volitivo, emerge, para aqueles que concorreram com o nascimento ou adoção, a responsabilidade decorrente de suas ações e escolhas, vale dizer, a criação da prole.

Fernando Campos Scaff retrata bem essa vinculação entre a liberdade no exercício das ações humanas e a responsabilidade do agente pelos ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem. (Da culpa ao risco na responsabilidade civil *in*: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (coords.). **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo, Atlas, pag. 75)

Sob esse aspecto, indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos, sendo monótono o entendimento doutrinário de que, entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança.

E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

À luz desses parâmetros, há muito se cristalizou a obrigação legal dos genitores ou adotantes, quanto à manutenção material da prole, outorgando-se tanta relevância para essa responsabilidade, a ponto de, como meio de coerção,

impor-se a prisão civil para os que a descumprem, sem justa causa.

Perquirir, com vagar, não sobre o dever de assistência psicológica dos pais em relação à prole – **obrigação inescapável** –, mas sobre a viabilidade técnica de se responsabilizar, civilmente, àqueles que descumprem essa incumbência, é a outra faceta dessa moeda e a questão central que se examina neste recurso.

2.1. Da ilicitude e da culpa

A responsabilidade civil subjetiva tem como gênese uma ação, ou omissão, que redunde em dano ou prejuízo para terceiro, e está associada, entre outras situações, à negligência com que o indivíduo pratica determinado ato, ou mesmo deixa de fazê-lo, quando seria essa sua incumbência.

Assim, é necessário se refletir sobre a existência de ação ou omissão, juridicamente relevante, para fins de configuração de possível responsabilidade civil e, ainda, sobre a existência de possíveis excludentes de culpabilidade incidentes à espécie.

Sob esse aspecto, calha lançar luz sobre a crescente percepção do cuidado como valor jurídico apreciável e sua repercussão no âmbito da responsabilidade civil, pois, constituindo-se o cuidado fator curial à formação da personalidade do infante, deve ele ser alçado a um patamar de relevância que mostre o impacto que tem na higidez psicológica do futuro adulto.

Nessa linha de pensamento, é possível se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*.

A ideia subjacente é a de que o ser humano precisa, além do básico para a sua manutenção – alimento, abrigo e saúde –, também de outros elementos, normalmente imateriais, igualmente necessários para uma adequada formação –

educação, lazer, regras de conduta, etc.

Tânia da Silva Pereira – autora e coordenadora, entre outras, das obras *Cuidado e vulnerabilidade* e *O cuidado como valor jurídico* – acentua o seguinte:

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem(...).a autora afirma: ' o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana'. (Abrigo e alternativas de acolhimento familiar, in: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 309)

Prossegue a autora afirmando, ainda, que:

Waldow alerta para atitudes de não-cuidado ou ser des-cuidado em situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo. Situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade. Referindo-se às relações humanas vinculadas à enfermagem a autora destaca os sentimentos de desvalorização como pessoa e a vulnerabilidade. 'Essa experiência torna-se uma cicatriz que, embora possa ser esquecida, permanece latente na memória'. *O cuidado dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa à prioridade constitucional para a convivência familiar* . (op. cit. pp 311-312 - sem destaques no original).

Colhe-se tanto da manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não é apenas uma fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua

cidadania.

Nesse sentido, cita-se, o estudo do psicanalista Winnicott, relativo à formação da criança:

[...]do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, D.W. **A criança e o seu mundo**. 6ª ed. Rio de Janeiro:LTC, 2008)

Essa percepção do cuidado como tendo valor jurídico já foi, inclusive, incorporada em nosso ordenamento jurídico, não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**.

Negar ao cuidado o *status* de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”.

Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande empecilho sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

A comprovação que essa imposição legal foi descumprida implica, por certo, a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, pois na hipótese o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal.

Fixado esse ponto, impõe-se, ainda, no universo da caracterização da ilicitude, fazer-se pequena digressão sobre a culpa e sua incidência à espécie.

Quanto a essa monótono o entendimento de que a conduta voluntária está diretamente associada à caracterização do ato ilícito, mas que se exige ainda, para a caracterização deste, a existência de dolo ou culpa comprovada do agente, em relação ao evento danoso.

Eclipsa, então, a existência de ilicitude, situações que, não obstante possam gerar algum tipo de distanciamento entre pais e filhos, como o divórcio, separações temporárias, alteração de domicílio, constituição de novas famílias, reconhecimento de orientação sexual, entre outras, são decorrências das mutações

sociais e orbitam o universo dos direitos potestativos dos pais – sendo certo que quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

De igual forma, não caracteriza a vulneração do dever do cuidado a impossibilidade prática de sua prestação e, aqui, merece serena reflexão por parte dos julgadores, as inúmeras hipóteses em que essa circunstância é verificada, abarcando desde a alienação parental, em seus diversos graus – que pode e deve ser arguida como excludente de ilicitude pelo genitor/adotante que a sofra –, como também outras, mais costumeiras, como limitações financeiras, distâncias geográficas etc.

Todas essas circunstâncias e várias outras que se possam imaginar podem e devem ser consideradas na avaliação dos cuidados dispensados por um dos pais à sua prole, frisando-se, no entanto, que o torvelinho de situações práticas da vida moderna não toldam plenamente a responsabilidade dos pais naturais ou adotivos, em relação a seus filhos, pois, com a decisão de procriar ou adotar, nasce igualmente o indelegável ônus constitucional de cuidar.

Apesar das inúmeras hipóteses que poderiam justificar a ausência de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

Assim, cabe ao julgador ponderar – sem nunca deixar de negar efetividade à norma constitucional protetiva dos menores – as situações fáticas que tenha à disposição para seu escrutínio, sopesando, como ocorre em relação às necessidades materiais da prole, o binômio necessidade e possibilidade.

2.2 Do dano e do nexa causal

Estabelecida a assertiva de que a negligência em relação ao objetivo de dever de cuidado é ilícito civil, importa, para a caracterização do dever de indenizar, estabelecer a existência de dano e do necessário nexo causal.

Forma simples de verificar a ocorrência desses elementos é a existência de laudo formulado por especialista, que aponte a existência de uma determinada patologia psicológica e a vincule, no todo ou em parte, ao descuido por parte de um dos pais.

Porém, não se deve limitar a possibilidade de compensação por dano moral a situações símeis aos exemplos, porquanto inúmeras outras circunstâncias dão azo à compensação, como bem exemplificam os fatos declinados pelo Tribunal de origem.

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroadado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsa* e traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.

Dessa forma, está consolidado pelo Tribunal de origem ter havido negligência do recorrente no tocante ao cuidado com a sua prole – recorrida –. Ainda, é prudente sopesar da consciência do recorrente quanto as suas omissões, da existência de fatores que pudessem interferir, negativamente, no relacionamento pai-filha, bem como das nefastas decorrências para a recorrida dessas omissões – fatos que não podem ser reapreciados na estreita via do recurso especial. Dessarte, impende considerar existente o dano moral, pela concomitante existência da tróica que a ele conduz: negligência, dano e nexo.

3. Do valor da compensação

Quanto ao valor da compensação por danos morais, já é entendimento pacificado, neste Tribunal, que apenas excepcionalmente será ele objeto de nova deliberação, no STJ, exurgindo a exceção apenas quanto a valores notoriamente irrisórios ou exacerbados.

Na hipótese, não obstante o grau das agressões ao dever de cuidado, perpetradas pelo recorrente em detrimento de sua filha, tem-se como demasiadamente elevado o valor fixado pelo Tribunal de origem - R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) - , razão pela qual o reduzo para R\$ 200,000,00 (duzentos mil reais), na data do julgamento realizado pelo Tribunal de origem (26/11/2008 - e-STJ, fl. 429), corrigido desde então.

Forte nessas razões, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, apenas para reduzir o valor da compensação por danos morais.

Mantidos os ônus sucumbenciais.

ANEXO 2 – Projeto de Lei nº 3212/2015

Ofício nº 1468 (SF)

Brasília, em 6 de outubro de 2015.

A Sua Excelência o
Senhor Deputado
Beto Mansur
Primeiro-Secretário da Câmara dos

Deputados Assunto: Projeto de Lei do

Senado à revisão.

Senhor Primeiro-Secretário,

Encaminho a Vossa Excelência, a fim de ser submetido à revisão da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal, o Projeto de Lei do Senado nº 700, de 2007, de autoria do Senador Marcelo Crivella, constante dos autógrafos em anexo, que “Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil”.

Atenciosamente,

Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º
§ 1º
.....

§ 2º Compete aos pais, além de zelar pelos direitos de que trata o art. 3º desta Lei, prestar aos filhos assistência afetiva, seja por convívio, seja por visitação periódica, que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da pessoa em desenvolvimento.

§ 3º Para efeitos desta Lei, compreende-se por assistência afetiva:

I – orientação quanto às principais escolhas e oportunidades profissionais, educacionais e culturais;

II – solidariedade e apoio nos momentos de intenso sofrimento ou dificuldade;

III – presença física espontaneamente solicitada pela criança ou adolescente e possível de ser atendida.” (NR)

“Art. 5º
.....

Parágrafo único. Considera-se conduta ilícita, sujeita a reparação de danos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, a ação ou a omissão que ofenda direito fundamental de criança ou adolescente previsto nesta Lei, incluindo os casos de abandono afetivo.” (NR)

“Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda, convivência, assistência material e afetiva e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (NR)

“Art. 56.....
.....

IV – negligência, abuso ou abandono na forma prevista nos arts. 4º e 5º desta Lei.” (NR)

V

“Art. 58. No processo educacional respeitar-se-ão os valores

culturais, morais, éticos, artísticos e históricos próprios do contexto social da criança e do adolescente, garantindo-se-lhes a liberdade da criação e o acesso às fontes de cultura.” (NR)

“Art. 129.....

.....

Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 22, 23 e 24.” (NR)

“Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, negligência, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 6 de outubro de 2015.

Senador Renan Calheiros
Presidente do Senado Federal